Wien, im Nov. 1895.

Das

österreichische Handelsrecht.

Systematisch dargestellt

von

Dr. Franz Pollitzer.

Ein Leitfaden für Studierende.

Wien, 1895.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I. Kohlmarkt 20.

Das

österreichische Handelsrecht.

Systematisch dargestellt

von

Dr. Franz Pollitzer.

Ein Leitfaden für Studierende.

Wien 1895.

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I. Kohlmarkt 20.

Vorwort.

Zögernd übernahm ich vor Jahren den Auftrag der Verlagsbuchhandlung zur Bearbeitung des österreichischen Handelsrechtes, und zögernd nur übergebe ich den vorliegenden Versuch der Oeffentlichkeit. Er soll ein Bild des gegenwärtigen Standes der Handelsgesetzgebung und der Handelsrechtswissenschaft in Oesterreich geben und dem Rechtsbeflissenen als Leitfaden und Hilfsmittel zum Studium neben den Vorlesungen dienen. Als Lehr- und Handbuch kann der vorliegende Versuch sich nicht anmaßen, Neues bringen zu wollen; denn „Lehr- und Handbücher bauen sich," wie Regelsberger im Vorworte zu seinen Pandekten (I. Bd. S. VIII) so trefflich sagt, „zum überwiegenden Theil auf den bisherigen wissenschaftlichen Leistungen auf." Es wäre Undank gegen die hervorragenden und ausgezeichneten Leistungen der Handelsrechtswissenschaft in Deutschland und Oesterreich, wollte ein Lehr- oder Handbuch, unbekümmert um die Erfolge und Ergebnisse der bisherigen Arbeiten, nach Neuem suchen, um ein Gebäude subjectiver Anschauungen aufzurichten. Die Ergebnisse der Wissenschaft werden durch ihre Veröffentlichung gleichsam Gemeingut aller, die sich mit ihr beschäftigen und ihre Früchte in sich aufnehmen; unbewußt wird der fremde Gedanke zu eigener Anschauung, und oft findet der Geist in fremder Arbeit seine eigenen Gedanken wieder. In solchem Sinne lehnt sich der vorliegende Versuch an die bisherigen Arbeiten auf dem Gebiete des Handelsrechtes an. Gerechtigkeit und Dankbarkeit erheischen es, daß für jeden entlehnten Gedanken die Quelle angegeben werde (Regelsberger a. a. O.), doch wenn der fremde Gedanke unbewußt zum eigenen geworden ist, oder wenn fremde und eigene Geistesarbeit denselben Pfad, dasselbe Ziel fanden, dann schwindet das Bewußtsein der Quelle, aus der geschöpft wurde, und die beigesetzte Literaturstelle dient nur mehr als Zeichen der Uebereinstimmung. So habe ich es

denn auch im vorliegenden Versuche gehalten und durchzuführen gesucht; und wie aus meiner Seele geschrieben waren mir die Worte in Regelsbergers obcitirtem Vorworte: „Nichts lag mir ferner, als fremdes Gut für eigene Waare auszugeben, und ich verzichte von vornherein auf jeden Widerspruch, wenn Jemand irgend einen Gedanken als sein geistiges Eigenthum in Anspruch nimmt.“

Die systematische Anordnung des Stoffes habe ich im Großen und Ganzen dem Systeme der Lehrbücher des gemeinen Rechtes angepaßt, innerhalb desselben aber habe ich mich möglichst an das System des Handelsgesetzes gehalten. Eine Schwierigkeit ergab sich hieraus bei der Lehre von den Handelsgeschäften, wo nach den absoluten Handelsgeschäften die relativen zur Darstellung gelangen, wobei stets untersucht wird, inwiefern sie Grundhandelsgeschäfte oder accessorische sind (vgl. §§. 122 ff.). Dem Handelskauf fiel hiebei eine selbständige Behandlung zu (s. §. 117, Note 1). Das Versicherungs-, See- und Wechselrecht (vgl. Art. 2 H. G. B.) wurden, als eine abgesonderte Behandlung für sich verlangend, von der Darstellung ausgeschlossen. Im Uebrigen beschränkt sich die vorliegende Arbeit im Allgemeinen auf das Privathandelsrecht (vgl. rücksichtlich der Abgrenzung des Themas auch §. 3). Von geschichtlichen Darstellungen der einzelnen Rechtsinstitute und -sätze wurde abgesehen, und nur in einzelnen Fällen schien es nothwendig, eine kurze historische Bemerkung zu machen. Auch die Heranziehung des fremden Handelsrechtes mußte mit Rücksicht auf das gesteckte Ziel und den Umfang der Arbeit unterbleiben, aus welchem Grunde auch nur bei einzelnen Instituten die fremdländische Literatur berücksichtigt wurde. Dagegen ist neben der österreichischen Rechtsprechung auch jene des deutschen Reichs-Oberhandelsgerichtes bezw. Reichsgerichtes, sowie die deutsche Gesetzgebung berücksichtigt. Die Parallelstellen des ungarischen und bosnisch-herzegowinischen Handelsgesetzes sind in den Noten bezogen.

Wien, im Mai 1895.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

I. Buch.

Personen im Handelsrechte.

II. Buch.

Die Objekte des Handelsverkehres und deren Recht.

(Sachenrecht des Handels.)

III. Buch.

Die Handelsgeschäfte (Handels-Obligationenrecht).

Einleitung.

§. 1.

I. Begriff und Wesen des Handels.[1])

I. Der Begriff des Handels in seiner weitesten Bedeutung ist so umfangreich und umfassend, daß er kaum eine Definition zuläßt.[2]) Die wirthschaftliche Aufgabe des Handels, den Austausch und Ausgleich der wirthschaftlichen Güter unmittelbar oder auch nur mittelbar zu vermitteln, läßt anfänglich — so auch im alten Rom[3]) — den Begriff des Handels fast vollständig in jenen des Güterverkehrs überhaupt aufgehen.

II. Diesen weiten Begriff des Handels suchte nun Wissenschaft und Gesetzgebung in mehrfacher Weise abzugrenzen.

1. Ein lediglich nur noch historisch bedeutsamer Abgrenzungsversuch ist der aus dem canonischen Rechte[4]) und aus der Zeit der Zünfteverfassung stammende, wonach der Handel zum Unterschiede von Handwerk und Fabrikation nur der Umsatz der Güter in unveränderter oder wenig-

---

1) Goldschmidt, Handb. des H. R. 2. Aufl. I. §§. 40 und 41; Thöl, Handelsrecht (6. Aufl.) §. 1; Endemann, Das deutsche Handelsrecht (4. Aufl.) §. 1, und in dem von ihm herausg. Handb. des Handels-, See- und Wechselrechtes I. §. 1; Behrend, Lehrb. des Handelsrechtes I. §. 1; und die bei den genannten Schriftstellern, insbesondere bei Goldschmidt (a. a. O.) angeführte Literatur.

2) Heise, Handelsrecht. §. 8. (S. 16.)

3) Das ius commercii der alten Römer erschien als der Inbegriff alles gegenseitigen privatrechtlichen Verkehres. Ius commercii, ius connubii, ius suffragii und ius honorum bildeten lange Zeit die Grundrechte des vollberechtigten Quiriten im Gegensatz zu den Peregrinen, zu wesentlichem Theile auch des Patriciers im Gegensatze zu den Plebejern. Ius commercii und ius connubii bildeten den Inhalt der vollen privatrechtlichen, ius suffragii und honorum jenen der vollen öffentlichen Rechtsfähigkeit des Römers. (Vgl. Sohm, Institutionen des röm. R. §. 22 [3. Aufl. S. 106].) Zum Unterschiede von commercium = Handel im Sinne von Verkehr überhaupt gebrauchten die Römer für den Handel im engeren Sinne, den sie nur als Kauf und Verkauf, als ein emere und vendere ansahen, die Ausdrücke „mercatura, mercatus, promercium." In demselben weiteren Umfange wie die Römer „commercium", nahmen die Griechen das Wort „ἐμπορία" (Aristoteles Politik, I. 4, 20: τῆς μεταβλητικῆς μέγιστον μὲν ἐμπορία, δεύτερον δὲ τοκισμός, τρίτον δὲ μισθαρνία), während sie die Marktwaaren ὤνια nannten, und unter ὠνεῖν dasselbe verstanden, wie die Römer unter mercatura, mercatus, promercium.

4) c. 11. §. 2. D. 88: „quicumque rem comparat, non ut ipsam rem integram et immutatam vendat, sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator; qui autem comparat rem, ut illam ipsam integram et immutatam dando (vendendo) lucretur, ille est mercator, qui de templo Dei eiicitur."

stens wesentlich unveränderter Form sein sollte.[5]) Mit dem Wegfall der Innungen der Handeltreibenden und der Zünfte der Handwerker schwand aber auch diese Unterscheidung zwischen Handel und Handwerk, und gegenwärtig erscheinen Handel, Fabrikation und Handwerk nur als „verschiedene Betriebsformen derselben Verkehrsgattung".[6]) Dies ist denn auch der Standpunkt des allgemeinen deutschen und österreichischen Handelsgesetzbuches; auch diesem erscheint das Handwerk nur als Gewerbebetrieb geringeren Umfanges, aber doch seinem Begriffe nach als Handel (Art. 10)[7]); und nach Art. 271, Z. 1[8]) H. G. B. macht es bei dem sogenannten Speculationskaufe zum Zwecke der Weiterveräußerung keinen Unterschied, ob die gekauften oder angeschafften Waaren oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Verarbeitung weiter veräußert werden.

2. Es wäre aber ferner auch ein zu enger Begriff des Handels, wollte man unter demselben bloß den gewerbsmäßigen Umsatz verstehen.[9]) Allerdings ist die Gewerbsmäßigkeit für den Handel wirthschaftlich und juristisch von großer Bedeutung, so insbesondere in der Lehre von den Handelsgeschäften (Art. 272, 273 H. G. B.)[10]) und bei Feststellung des Begriffes des Kaufmannes (Art. 4)[11]); allein sie ist dennoch kein Begriffsmerkmal des Handels. Selbst nach dem Handelsgesetzbuche (Art. 271)[12]) sind auch nicht gewerbsmäßige Geschäfte, auch wenn sie nicht von Kaufleuten ausgehen, Handelsgeschäfte.

3. Die Speculation, die Gewinn- und Erwerbsabsicht ist wohl der Grund vieler, ja der meisten Handelsgeschäfte, allein kein dem Handel als solchem eigenthümliches Begriffsmerkmal. Einerseits gibt es Speculationsgeschäfte, die nach positivem Recht nicht überall in den Kreis der Handelsgeschäfte fallen, wie z. B. Immobilargeschäfte, andererseits aber braucht nicht jedem einzelnen Geschäfte des Handelsgewerbes Gewinnabsicht zu Grunde zu liegen.[13]) Insbesondere liegt die Speculationsabsicht den Börsengeschäften[14]) und dem Speculationskaufe und -verkaufe sowie dem Lieferungsgeschäfte nach Art. 271, Z. 1 u. 2 zu Grunde.

4. Begrifflich steht nichts entgegen, auch den Umsatz von Immobilien als Handel aufzufassen.[15]) Aber die Erkenntniß, daß der häufige

---

5) So u. A. noch Heise, Handelsrecht, §. 8 (S. 15), Fischer, Oestr. H. R. §. 1, v. Stubenrauch, Oestr. H. R. §. 1 (vgl. Literatur bei Goldschmidt, Handb. 2. Aufl. I. §. 41 Note 1).

6) Behrend H. R. I. §. 3 (S. 4). — Aehnlich galt bei den Römern mercatura, promercium, mercatus als ein engerer Begriff (Waarenhandel in unveränderter Gestalt), während negotiatio und commercium auch das Handwerk mit umfaßten.

7) Ungar. H. G. B. §. 5; bosn.-herzeg. H. G. B. §. 6.

8) Ungar. H. G. B. §. 258, Z. 1; bosn.-herzeg. §. 282, Z. 1.

9) So noch Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. I.; §. 25 (S. 107); Fischer, Oestr. H. R. §. 1.

10) Ungar. H. G. B. §§. 259, 260; bosn.-herzeg. H. G. B. §§. 283, 284.

11) Ungar. H. G. B. §. 3; bosn.-herzeg. H. G. B. §. 3.

12) Ungar. H. G. B. §. 258; bosn.-herzog. §. 282.

13) Behrend, H. R. I. §. 3 (S. 5), Note 6; Goldschmidt, Handbuch I. §. 40, Note 14.

14) Ges. v. 1. April 1875, S. 67 R. G. Bl. §§. 12 und 14.

15) Goldschmidt, a. a. O. I. §. 41 (S. 429) und Note 16 ebendaselbst.

Wechsel des Eigenthümers oder Nutzungsberechtigten der Natur der Immobilien widerstrebe und sogar wirthschaftliche und sociale Gefahren zur Folge haben könne[16]), hat die Wissenschaft und die Gesetzgebung (Art. 275 H. G. B.)[17]) veranlaßt, den Immobiliarverkehr aus dem Kreise des Handels im juristisch-technischen Sinne, die Immobiliargeschäfte aus dem Kreise der Handelsgeschäfte auszuschließen. Zudem ist der Umsatz von unbeweglichen Gütern schon naturgemäß an umständlichere Geschäftsformen gebunden, während der Handel die größtmögliche Circulationsfähigkeit seiner Güter verlangt und seine Aufgabe um so mehr erfüllt, je schneller und je formenloser der Umsatz der Güter sich entwickelt. Hierin, nicht in der Unbeweglichkeit an sich, d. i. der Unfähigkeit der Ortsveränderung, liegt der Grund der Ausschließung des Immobiliarverkehres aus dem Begriffe des Handels nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch (Art. 271, Z. 1, 2, Art. 275, §. 2 östr. Einf. Ges.); auch Mobilien können ja Gegenstand von Handelsgeschäften sein, ohne ihren Ort ändern zu müssen. Ortsveränderung des Gutes, Fortschaffung desselben von Ort zu Ort, erscheint nicht als wesentliches Begriffsmerkmal des Handels.[18])

5. Indem die Rechtswissenschaft ferner den Handel als den die Verbindung zwischen Producenten und Consumenten bewirkenden Umsatz der wirthschaftlichen Güter ansieht, scheidet sie den Handel von der Production an sich. Auf diesem Standpunkt steht auch das Handelgesetzbuch, indem es die Veräußerung der Producte seitens des Producenten an den Consumenten nicht als Handelsgeschäft gelten läßt. (Arg. Art. 271, Z. 1, 2; Art. 272, Z. 1.)[19])

6. Da der Handel nicht nur ein juristischer, sondern zugleich auch und in erster Linie ein wirthschaftlicher Begriff ist, so ergibt sich die weitere Beschränkung des Handelsbegriffes, wonach nur der entgeltliche Güterumsatz demselben angehört, nicht aber Liberatitätsacte, wie Schenkungen und Vermächtnisse, daher auch nicht der Erwerb durch Erbgang.

Nach der gegenwärtig herrschenden Lehre und nach dem Handelsgesetzbuch erscheint sohin der Handel im engeren Sinne als entgeltlicher Mobiliarverkehr unter Lebenden.[20])

§. 2.

II. Arten und Zweige des Handels.[1])

I. Die Mehrzahl der oben (§. 1) dargestellten Versuche der Wissenschaft, den Begriff des Handels abzugrenzen, scheiterte; sie faßten den

16) Goldschmidt a. a. O. I. §. 41 (S. 429).

17) Ungar. H. G. B. §. 262; bosn.-herzeg. H. G. B. §. 286; anders italien. H. G. B. Art. 3, Z. 3 u. 7.

18) Goldschmidt a. a. O. I. §. 40 (S. 414), Text und Note 22a; Behrend a. a. O. I. §. 3 (S. 5).

19) Ungar. H. G. B. §§. 258, Z. 1, 2; 259, Z. 1; bosn.-herzeg. §§. 282 Z. 1, 2, 283 Z. 1.

20) Behrend a. a. O. (S. 6).

1) Vgl. Endemann, in dem von ihm herausgegebenen Handb. des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts §. 2;

Umfang des Begriffes Handel zu eng, indem sie in den allgemeinen Begriff des Handels Momente aufnahmen, die nur eine specielle Art des Handels, nicht aber den Handel als solchen, d. i. jeden Handel überhaupt, charakterisiren, die sohin die unterscheidenden Merkmale der einzelnen Arten des Handels bilden. So mußte die Gewerbsmäßigkeit aus den Begriffsmerkmalen des Handels ausgeschlossen werden, weil es neben dem gewerbsmäßigen Handel auch einen nicht gewerbsmäßigen Handel gibt. Der gewerbsmäßige Handel dient dem ihn Betreibenden als Beruf und ständige Erwerbsquelle; der nicht gewerbsmäßige Handel dagegen besteht aus nur einzelnen, wenn auch vielleicht in der Absicht auf Gewinn unternommenen, Geschäften Jemandes, dem der Handel nicht dauernde Erwerbsquelle und Beruf ist. Die juristische Tragweite dieser Unterscheidung von gewerbsmäßigem und nicht gewerbsmäßigem Handel wird sich aus später folgenden Erörterungen ergeben.

II. Ferner war oben (§. 1) bereits dargestellt worden, wie Handwerk und Fabrikation sich durch Umfang und Beschaffenheit des Betriebes sowohl untereinander als von dem übrigen Handel unterscheiden und nur als besondere Formen des Handelsbetriebes überhaupt erscheinen.

III. Eine weitere, dem Umfange des Betriebes[2]) entnommene Eintheilung ist die in Groß- und Kleinhandel. (Handel en gros oder all' ingrosso und en détail oder alla minuta), was sich nach der Menge der umgesetzten Waaren, oder auch darnach bestimmt, ob die Güter wieder an Händler oder in offenen Laden unmittelbar an die Consumenten weiter veräußert werden, welche beide Momente wohl in der Regel zusammenfallen dürften. Es läßt sich jedoch eine genaue Grenze zwischen beiden Arten des Handels nicht ziehen. Dieser Unterschied kommt im Handelsgesetzbuch insofern zum Ausdruck, als Art. 10[3]) allerdings unter Zulassung einer anderen landesgesetzlichen Regelung die später zu besprechenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über die Firmen, die Handelsbücher und die Procura auf Höker, Trödler, Hausirer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb, ferner auf Wirthe, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht (siehe unter I), für unanwendbar erklärt.

IV. Unter den eigenthümlichen Bezeichnungen von „eigentlichem" und „uneigentlichem" Handel scheidet man zwischen dem Kauf-, Verkauf- und Tauschhandel einerseits, der unmittelbar den Güterumsatz zum Inhalt hat, und dem übrigen Handel, der den Umsatz der Güter nur mittelbar fördert.[4]) Die Geschäfte der letzteren Kategorie

---

Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl. §. 2; Behrend, H. R. §. 4.

2) Vgl. außer Endemann u. Behrend an den in Note 1 angeführten Orten auch noch Goldschmidt, Hdb. I. §. 46; Heise, H. R. §. 8 S. 17, und die bei Behrend H. R. §. 4 Note 4 u. ff. angeführte Literatur.

3) Ungar. H.G.B. §. 5; bosn.-herzeg. §. 5.

4) Vgl. hiezu Behrend H. R. §. 4, insbes. auch Note 1.

wurden auch Hilfsgeschäfte des Handels genannt, so insbesondere auch die Geschäfte der Commissionäre, Spediteure, Frachtführer, Mäkler u. a. m.

V. Nach dem Objecte des Handels unterscheidet man Waaren-, Geld-, Effecten- oder Papier-, Wechselhandel u. s. w.

VI. Je nachdem die Thätigkeit des Handeltreibenden seinem eigenen oder fremdem Erwerbe dient, d. i. für eigene oder für fremde Rechnung geschieht — u. z. in letzterem Falle gegen Entgelt für die Mühe — ist der Handel Eigen- (Propre-) oder Commissionshandel. Letzterer fand im Handelsgesetzbuch eine besondere Regelung durch die Bestimmungen über das Commissionsgeschäft (Art. 360 ff.)[5])

VII. Nach der localen Richtung des Handels, je nachdem er die Grenze eines Staatsgebietes überschreitet oder nicht, unterscheidet man zwischen Außenhandel (auswärtigem Handel) und Binnenhandel (inländischem Handel). Der Außenhandel ist Einfuhr- oder Importhandel vom Auslande in das Inland und Export- oder Ausfuhrhandel aus dem Inlande nach dem Auslande. Je nach dem Überwiegen der in- oder ausländischen Handeltreibenden wird er Activ- oder Passivhandel genannt. Dient das Inland bezw. ein Theil desselben als Durchgangsgebiet für die Waare, so spricht man von Zwischenhandel, Transit- oder Durchfuhrverkehr.

VIII. Je nach der localen Ausdehnung des Handels wird noch unterschieden zwischen Handel inter praesentes (Platzhandel), der wieder je nachdem der Käufer den Verkäufer, oder dieser Jenen oder beide einander an einem dritten Orte aufsuchen Laden-, Hausier- oder Markthandel ist, und dem Handel inter absentes (Distanzhandel.)

IX. Endlich spricht man von Landhandel (Binnenhandel in einem anderen Sinne als oben), d. i. Handel auf Landstraßen, Eisenbahnen, Binnengewässern, im Gegensatze von Seehandel, d. i. Handel auf dem Meere, wobei zwischen Küsten- und Seeschiffahrt unterschieden wird.

§. 3.

III. Begriff des Handelsrechtes.[1])

(Privathandelsrecht.)

Begriff und Umfang des Handelsrechtes sind abhängig von Begriff und Umfang des Handels.[2]) Im weiteren Sinne deckt sich das Handelsrecht objectiv mit dem allgemeinen Verkehrsrechte überhaupt, in einem engeren Sinne jedoch nimmt das Handelsrecht und so auch insbesondere das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch eine Reihe von Verhältnissen aus dem Gebiete des sonstigen Civilrechtes heraus, um für sie specielle Normen zu schaffen, ohne jedoch hiemit die Anwendung des sonstigen bürgerlichen Rechtes gänzlich auszuschließen. Je nachdem das Han-

5) Ungar. H. G. B. §§. 368 u. ff., bosn.-herzeg. §. 381 ff.

1) Behrend H. R. §. 5 u. die daselbst in den Noten angeführte Literatur.
2) Siehe oben §. 1.

delsrecht die Beziehungen der Handeltreibenden zu einander oder zu der Staatsgewalt ins Auge faßt, spricht man von **Privathandelsrecht** und **öffentlichem Handelsrechte**, welches letztere wieder als **Staatshandelsrecht** die Beziehungen des Handels und der Handeltreibenden zu ihrem eigenen Staate oder als **Handelsvölkerrecht** oder **internationales Handelsrecht** deren Beziehungen zu einem fremden Staate bezw. zu dessen Unterthanen regelt. Nur das Privathandelsrecht soll hier dargestellt werden.

Nach seinem **territorialen Umfange** ist das Handelsrecht sowie jedes Recht überhaupt ein **allgemeines** (gemeines) oder **particuläres**, je nachdem es für ein ganzes Staatsgebiet oder nur für einzelne Theile eines Staates gilt. In diesem Sinne ist das in Oesterreich geltende Handelsrecht ein allgemeines, gemeines Recht, indem es in allen im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern der Monarchie in Kraft steht. Mit Rücksicht auf die Art seiner seinerzeitigen Einführung in Oesterreich jedoch war es ein particuläres Recht, indem Oesterreich das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Einführungsgesetz vom 17. December 1862 noch als Glied des damaligen Deutschen Bundes annahm und publicirte. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch konnte aber nur durch particuläre Gesetze in den einzelnen Gliedstaaten des Bundes Geltung erlangen, sohin nur soweit, als es von den gesetzgebenden Gewalten der Einzelstaaten publicirt wurde.

Hier ist nur das **materielle Privathandelsrecht** darzustellen. Ueber das **processuale Verfahren in Handelssachen**[3]) und das **kaufmännische Concursrecht**[4]) enthält das Handelsgesetzbuch keine Normen. Die Handelsgerichtsbarkeit kommt hier nur insoweit in Betracht zu ziehen, als es sich um die Competenz und Zusammensetzung der Gerichte handelt[5]), des Concurses aber wird nur insofern an den einschlägigen Stellen Erwähnung gethan, als derselbe handelsrechtlich relevante Folgen hat.

Als besondere, auch historisch selbständig entwickelte Zweige des Handelsrechtes erscheinen das **Wechsel-**[6]), **See-**[7]) und **Versicherungsrecht**[8]), welche in Oesterreich auch seitens der Gesetzgebung abgesondert

3) Bestimmungen über die Gerichtsbarkeit finden sich aufgenommen im französischen, belgischen, japanesischen H. G. B., sowie in einigen amerikanischen H. G. B.

4) Bestimmungen über den Concurs enthält das H. G. B. für Belgien, Frankreich, Italien, Monako, Niederlande, Rumänien, Spanien, Türkei, Japan und einiger amerikanischer Staaten.

5) Siehe unten §. 14.

6) Nicht getrennt vom Handelsgesetzbuch ist das Wechselrecht in Frankreich, Italien, Monako, Rumänien, Spanien, Japan u. wenigen amerikanischen Staaten.

7) Nicht getrennt vom Handelsgesetzbuch ist das Seerecht in Aegypten, Belgien, Frankreich, Griechenland, Italien, Niederlande, Rumänien, Spanien und einer Anzahl amerikanischer Staaten.

8) Das Versicherungsrecht ist eingehend behandelt im H. G. B. für Belgien, Italien, Niederlande, Rumänien, Ungarn, in welch' letzteres auch das Verlags-, das Genossenschafts- und Lagerhausrecht aufgenommen ist, wogegen die Commandit-Actiengesellschaften, die stille Gesellschaft und die Gelegenheitsgesellschaft fehlen. Die drei letztgenannten Abschnitte fehlen auch im H. Ges. für Bosnien u. Herzegowina, welches gleich dem ungar. H. Ges.

behandelt wurden[9]), so daß deren systematische Darstellung aus jener des Handelsrechtes im Sinne des Handelsgesetzbuchs ausgeschieden werden kann.

§. 4.

IV. Nothwendigkeit eines besonderen Handelsrechtes.[1])

Die Loslösung eines Handelsrechtes (im engeren Sinne des Wortes) vom sonstigen allgemeinen bürgerlichen Rechte war ein allmähliger historischer Proceß, der in engerem Zusammenhange mit der Entwickelung des gesammten Verkehrs- und Wirthschaftslebens steht. So lange der Handelsverkehr und das wirthschaftliche Leben mit den Normen des sonstigen Civilrechtes ihr Auslangen fanden (— und dies war im Alterthum, insbesondere im alten römischen Reiche „theils wegen der verhältnißmäßigen Einfachheit der Handelsformen, theils wegen der Elasticität und Universalität des allgemeinen bürgerlichen Rechtes"[2]) der Fall —), lag kaum ein Bedürfniß nach einem selbständigen Handelsrechte vor.[3]) Anders im Mittelalter: unter dem wohlthätigen und veredelnden socialen Einfluße des Christenthums und der Kirche war mit dem Schwinden der Sclaverei und Leibeigenschaft die persönliche freie Arbeit zur verdienten Würdigung gelangt; ein freies Bürgerthum hatte sich in den Städten entwickelt, und „den freien Arbeiter ehrte der Hände Fleiß; mit der freien Arbeit entwickelte sich die Theilung der Arbeit; das Handwerk wird geachtet, der Handel als gemeinnützig geschützt."[4]) Dem sich so entwickelnden Handel schien nun aber das alte auf anderen Culturzuständen beruhende[5]) römische[6]) und germanische[7]), sowie auch das später entstandene canonische[8]) Recht nicht

auch die Genossenschaften aufgenommen hat.

9. Im allgemeinen deutschen und österr. H. G. B. wird das Wechselrecht ausdrücklich als selbständiges Gebiet anerkannt. (Art. 2 H. G. B.; vgl. §. 2 H. Ges. für Bosnien und Herzegowina.)

1. Wayna in Ztschr. f. östr. Rechtsgelehrsamkeit Jahrg. 1828 Bd. I. S. 154; Endemann, der Entwurf eines deutschen H. G. B. S. 1; v. Stubenrauch, Handb. des östr. H. R. (1863) §. 4; Gareis in Busch's Archiv f. H. u. W. R. 39. Bd. (N. F. 4. Bd.) S. 1 u. ff.; Endemann, Handb. I. §. 4 (1881); Cohn, drei rechtswissenschaftl. Vorträge (1888) S. 45 u. ff. (II.) Warum hat und braucht der Handel ein besonderes Recht?); Laband im deutschen Wochenblatt II. Jahrg. (1889) Nr. 24 und 25; Rießer, Zur Revision des H. G. B. I. §. 1 u. II §§. 26, 27; Goldschmidt, Handb. des H. R. (3. Aufl.) I. Bd. 1. Abth. 1. Lief. (Universalgesch. des H. R.) §. 3.

2) Goldschmidt, Handb. (3. Aufl.) I./1. §. 3 (S. 11) und 2. Aufl. I. §. 37 Note 3.

3) Vgl. insbes. Cohn a. a. O. S. 46 u. ff.

4) Cohn a. a. O. S. 48.

5) Endemann, Handb. §. 4 (S. 12).

6) Das römische Recht der letzten Jahrhunderte der Kaiserzeit war, wie Goldschmidt (Handb. 2. Aufl. I. §. 37 Note 3) ausgeführt, durch mancherlei kaiserliche „dem großen Verkehre durchaus unangemessene Satzungen verunstaltet" worden, während das römische Recht der classischen Periode — durchaus frei, elastisch, höchst entwickelt — den Besonderheiten der Handelsrechtsverhältnisse seinerzeit möglichst Rechnung getragen hatte.

7) Vgl. Cohn a. a. O. S. 48; Goldschmidt, Handb. 2. Aufl. I. §. 37 Note 4.

8) Das canonische Recht, das im Anschlusse an Lucas VI. 35: „δανείζετε μηδὲν ἀπελπίζοντες" jede Zinsnahme für wucherisch, jeden Gewinn aus Geld für sündhaft erklärt hatte, genügte dem Handelsstande nicht. (Vgl. insbes. Ende-

mehr zu genügen. Die Arbeit und Thätigkeit des Kaufmannes, wie das Gewerbe erheischten eine selbständige ihren Bedürfnissen entsprechende Regelung ihrer Verhältnisse und Einrichtungen, und der Handel bedurfte eines schnelleren und besseren Processes. Der Handelsstand wartete aber nicht auf fremde Hilfe; er half sich selbst, indem er sich selbst zu selbständigen Verbänden organisirte. Es entstanden die Zünfte des Handwerkes, die Gilden, Innungen oder Hansen der Kaufleute[9]), die sich immer mehr abschlossen und absperrten gegen die nicht zur Gilde Geborenen.[10]) Abgesehen von dem religiös-sittlichen und geselligen Momente, das sich unter anderem in der Verpflichtung der Gilden- oder Innungsmitglieder zu gegenseitiger Unterstützung und zu ehrenhaftem und anständigem Betragen äußerte, nahmen diese Verbände auch eine politisch nicht bedeutungslose Stelle in den Städten ein, vor Allem aber genossen sie erhebliche gewerbliche Vorrechte, wie Marktrecht, Stapelrecht, Zollfreiheit, Waarenschutz, Immunität, Monopole und andere Privilegien, und endlich, was juristisch das Bedeutsamste ist, Autonomie und Jurisdiction.[11]) Hiemit hatten diese Verbände das Recht, sich selbst Statuten zu geben, die allerdings zunächst noch der Bestätigung durch die Stadtobrigkeit bedurften, die ihnen aber mit Rücksicht auf den mächtigen Einfluß der Gilden kaum versagt werden konnte. Die den Kaufmannsgilden gewährte Ausübung selbständiger Gerichtsbarkeit aber, sei es daß das Urtheil auf Grund der Statuten, oder auf Grund der Handelsgebräuche und Usancen, d. i. der Rechtsüberzeugung der Kaufleute, gefunden wurde —, verschaffte allmählig den verschiedenen rein kaufmännischen Einrichtungen und Regeln rechtliche Bedeutung und Anerkennung. Allein das Gildenwesen barg auch zugleich die Gefahr in sich, daß das Recht der Kaufmannsgilde seiner localen Entstehung gemäß einen localen Charakter angenommen hätte und daß zahlreiche unter einander verschiedene Handelsrechte statt eines gemeinsamen deutschen Handelsgesetzes entstanden wären, wenn nicht die Verbindungen der Kaufleute im Auslande, die Messen, die Reception fremdländischer Einrichtungen und endlich die Wissenschaft, u. z. mehr die Theologen als die Juristen, die Assimilation des local zersplitterten Rechtes mittelbar oder unmittelbar angebahnt bezw. gefördert hätten.[12])

Mit dem allmähligen Erstarken der Staatsgewalt gegenüber den Städten und Ständen verlieren auch die Kaufmannsgilden und ihre Gerichte immer mehr ihre Bedeutung. Die mächtiger gewordene Staatsgewalt betrachtet nun das Handelsrecht bald nicht mehr als das Standes-

---

mann, die national-öcon. Grunds. der canon. Lehre, in Hildebrands Jahrb. f. Nat.-Oec. I. Bd. u. Separatabdruck S. 158, 197 u. f.) Anders erläutert Knies, Der Credit, I. S. 334 (Note) obige Evangeliumstelle: „Ihr sollt auch den Armen leihen, nicht nur dem Vermöglichen, der euch wieder einmal borgen kann"; vgl. Matth. V. 42: *τῷ αἰνοῦντί σε δίδου, καὶ τὸν θέλοντα ἀπό σου δανείσασθαι μὴ ἀποστραφῇς.*

9) Cohn a. a. O. S. 49.

10) Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, S. 346.

11) Cohn a. a. O. S. 50.

12) Vgl. hierüber die ausführlichere Darstellung Cohn's a. a. O. S. 58 u. ff.

recht der Kaufleute, sondern als das Specialrecht des Handels.[13]) Das Bedürfniß des Kaufmannes nach einem selbständigen Rechte bestand auch dann noch fort, als der Handelsstand aufgehört hatte, eine selbständige, rechtsmächtige Gilde zu sein; die inneren im Wesen des Handels begründeten Ursachen, die im Vereine mit der geschichtlichen Entwickelung ein selbständiges Handelsrecht schaffen halfen, wie insbesondere der schnelle Wechsel der Formen des Handels, das immerwährende Auftauchen neuer Erscheinungen und neuen Einrichtungen, wirkten und dauerten auch dann noch fort, als das Handelsrecht aufgehört hatte, das Standesrecht einer selbständigen abgeschlossenen Gilde zu sein. Das bürgerliche Recht aber vermag sich nie zu solcher Freiheit und Beweglichkeit zu erheben[14]), welche das Recht haben muß, um den Handelsbedürfnissen entsprechen zu können. Deshalb schöpfte und schöpft das Handelsrecht seine Normen und Sätze aus den Handelsgebräuchen und Usancen, als seiner hauptsächlichsten Quelle, während das bürgerliche Recht ob der ihm eigenen Starrheit, die aber zugleich sein Vorzug ist, dem Gewohnheitsrechte und insbesondere dem derogatorischen Gewohnheitsrechte in der Regel ablehnend gegenübersteht.

Das Handelsrecht nimmt, wie Goldschmidt[15]) sagt, „dem allgemeinen bürgerlichen Rechte gegenüber eine bahnbrechende Reformstellung ein“ und manche Sätze und Bestimmungen, die sich im Handel bewährt haben, gehen allmählig in das allgemeine bürgerliche Recht über.[15a]) Dafür erweitert sich andererseits wieder der Umfang des Handelsrechtes durch Aufnahme neu hinzutretender Rechtssätze, durch Regelung neuer wirtschaftlicher Institutionen und Verhältnisse, die Verkehr und Handel wie aus einem unerschöpflichen Born immer wieder von Neuem schaffen; ja selbst dem allgemeinen bürgerlichen Rechte angehörige, nicht specifisch-handelsrechtliche Lehren und Fragen sucht das Handelsrecht neu zu regeln, wenn ihm die civilrechtlichen Normen, die es vorfand, nicht genügend oder unpassend erschienen. Insbesondere aber griff das Handelsrecht in Deutschland und Oesterreich, wo das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch[16]) gleich der Wechselordnung als der erste Versuch zur Schaffung einer Rechtseinheit in den Ländern des damaligen Deutschen Bundes eine große Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit von Particularrechten vorfand, weit über seine natürlichen Grenzen hinaus, um zugleich auch ein möglichst einheitliches Recht des Handels zu schaffen.[17])

---

13) Endemann, H. R. (4. Aufl.) §. 4. S. 10.

14) Goldschmidt, Handb. I./1. (3. Aufl.) §. 3. S. 11.

15) Handb. I./1. (3. Aufl.) §. 3. S. 11.

15a) Vgl. hiezu auch Rießer, Der Einfluß handelsrechtl. Ideen auf den Entwurf eines b. G. B. f. das Deutsche Reich.

16) In Oesterr. eingeführt durch Gesetz vom 17. Dec. 1862, Nr. 1 R. G. B. f. 1863.

17) Aber auch so war die in Deutschland und Oesterreich durch das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch geschaffene Rechtseinheit nur eine beschränkte. „Denn das Handelsrecht ist“, wie Laband a. a. O. ausführt, „Stückwerk; alle seine Anordnungen und Institute werden ergänzt und umflossen vom allgemeinen bürgerlichen Rechte; es gibt keinen Titel des Handelsgesetzbuches, der dieser Ergänzung nicht bedürfte. So lange daher eine Vielheit von Particularrechten besteht, gibt diese Verbindung von Handelsrecht und bürgerlichem Rechte in jedem

Hiemit ist aber der Proceß der Loslösung des Handelsrechtes vom sonstigen Civilrechte nicht abgeschlossen; die Frage der Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete wird immer wieder einer neuen Regelung bedürfen, indem immer wieder Sätze des Handelsrechtes Aufnahme in das allgemeine bürgerliche Recht finden werden, sowie auch andererseits rein handelsrechtliche, kaufmännische und verkehrsrechtliche Institute nach wie vor ihr selbständiges vom übrigen Civilrechte getrenntes Recht erheischen. Hierauf wird denn auch bei einer Neu-Codifikation des bürgerlichen Rechtes und des Handelsrechtes in Oesterreich Bedacht zu nehmen sein, wie auch jetzt in Deutschland, wo man sich bei Codification des bürgerlichen Rechtes mit Recht für die Aufrechthaltung der Trennung von Civil- und Handelsrecht entschieden hat.[18]) Durch eine solche stete Abgrenzung des allgemeinen bürgerlichen Rechtes und des Handelsrechtes wird auch besser als durch Codification eines auch das Handels- und Wechselrecht mitumfassenden Obligationenrechtes, wie ein solcher Versuch in der Schweiz[19]) gemacht worden war, dem Handelsrechte seine selbständige Weiterbildung und vom sonstigen Civilrechte unabhängige Revisionsfähigkeit gewahrt.

§. 5.

V. Quellen des Handelsrechtes in Oesterreich.

1. Vor Einführung des allg. deutschen H. G. B.[1])

I. Vor Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches mit Gesetz vom 17. December 1862, R. G. Bl. Nr. 1 von 1863, gab es in Oesterreich noch kein einheitliches und allgemeines Handelsrecht; der sog. Kaufmannsstyl (Handelsgewohnheiten), die Statuten und Privilegien einzelner Handelskammern und Handelsgremien und endlich Handelssachen betreffende Gesetze größeren oder geringeren Umfanges, von theils allgemeiner, theils nur particulärer Geltung, enthielten das Sonderrecht des Handelsstandes. Hienach war zwischen geschriebenen und ungeschrie-

Rechtsgebiete Deutschlands ein anderes Resultat; nur das eine Element ist constant, das andere wechselnd." — So kam es auch, daß einige Staaten, wie namentlich Hamburg und Bremen, eine Reihe von Sätzen des H. G. B. bei dessen Einführung zu Regeln des allgemeinen bürgerlichen Rechtes erhoben.

18) Interessant und lehrreich zugleich sind die diesbezüglichen Ausführungen in dem Gutachten der in der Sitzung des deutschen Bundesrathes vom 28. Februar 1874 berufenen Vorcommission zur Erstattung von Vorschlägen für Feststellung des bei Ausstellung des bürgerlichen Gesetzbuches zu beobachtenden Vorganges. (Goldschmidt, Ztschr. f. H. R. XX. [N. F. V.] S. 137—153); vgl. auch Motive zum Entw. eines Einf. Ges. z. bürgerl. Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich S. 67 zu Art. 9.

19) Schweiz. Obligationenrecht vom 4. August 1881. (Vgl. Goldschmidt, Ztschr. f. H. R. Beilageheft zu Bd. XXIII. S. 110 u. ff.)

1) Sonnleithner, Leitfaden über das östr. H. u. W. R. (3. Aufl.) 1. Abth. §. 4; Wagner, Das Quellenverhältniß des bürgerl. Gesetzb. zu den besond. Zweigen des in den östr.-deutschen Erbstaaten f. den Civilstand geltenden Privatrechtes (1818) §. 51; Fischer-Ellinger, Lehrb. des östr. H. R. (3. Aufl. 3. Abdruck) §. 4 u. ff. S. 3 u. ff. und die daselbst S. 5 und 6 angeführten Quellenwerke.

benen Quellen des Handelsrechtes zu unterscheiden. Zu ersteren gehörten die Privilegien einzelner Personen, die Statuten und Privilegien von Corporationen und die in Handelssachen ergangenen allgemeinen oder particulären Gesetze, zu letzteren die Rechtsanalogie und die Handelsgewohnheiten.

Was das gegenseitige Verhältniß der einzelnen Rechtsquellen betrifft, so gingen von den geschriebenen Rechtsquellen die Privilegien und Statuten den Gesetzen, und unter letzteren wieder die specielleren (Ortsverordnungen, Landesgesetze) den allgemeineren voraus. In Ermangelung eines geschriebenen Rechtes kamen zunächst die Handelsgewohnheiten und sodann die Rechtsanalogie aus den besonderen Handelsgesetzen zur Anwendung.

II. Wie aus der oben (§. 4) gegebenen Darstellung der allmähligen Entwickelung des Handelsrechtes hervorgeht, traten die dem Handelsrechte eigenthümlichen Bestimmungen zuerst in Form von Gewohnheiten auf, und eben diese Handelsgewohnheiten, auch Usancen[2]) oder Kaufmannsstyl genannt, waren die älteste Quelle eines selbständigen Handelsrechtes. Sie wurden sogar aufgezeichnet. Aus diesen Sammlungen schöpfte sodann die Gesetzgebung in Handelssachen ihre Normen und ihren Inhalt. Diese so große Bedeutung der Handelsgewohnheiten fand auch in der Gesetzgebung Oesterreichs entsprechenden Ausdruck, indem diese das Handelsgewohnheitsrecht theils als Rechtsquelle anerkannte, theils bestätigte und theils aus demselben seine Entscheidungen schöpfte.

Nur die westgalizische Mercantil- und Wechselordnung von 1797 hob ausdrücklich die Gewohnheiten als Quelle des Handels- bezw. Wechselrechtes auf. Dieses Gesetz war aber sowohl infolge des sehr geringen Umfanges seines territorialen Geltungsgebietes als auch der kurzen Dauer seiner Wirksamkeit für Oesterreich und seine Rechtsentwickelung ohne Belang. Zugleich beweist aber gerade die ausdrückliche Aufhebung des Handelsgewohnheitsrechtes durch dieses Gesetz, daß sich nach dem damaligen Rechtszustande der Fortbestand desselben von selbst verstanden hätte.

Hieran ward auch nichts durch das Josefinische Gesetzbuch und durch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811 geändert.

§. 10 des a. b. G. B. bestimmt zwar, daß auf Gewohnheiten nur in den Fällen Rücksicht genommen werden kann, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft. Aber es ist mit Rücksicht auf Abs. 7 des Kundmachungs-

---

2) Vgl. v. Hahn, Comm. z. H. G. B. (I. Bd. 1. Lfg. 4. Aufl.) zu Art. 1 u. (II. Bd. 2. Aufl.) zu Art. 279 und insbes. den Zusatz zu diesem Artikel, wonach „Handelsgebräuche" in Art. 1 die Handelsgewohnheitsrechtssätze „die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche" in Art. 279 aber nur Handelssitte bedeutet. Das Handelsgewohnheitsrecht ist nach Art. 1 Rechtsquelle, die Usancen dienen als Interpretationsmittel. (Ung. H. Ges. §§. 1 und 267; bosn.-herzeg. H. Ges. §§. 1 und 291.) — Anders v. Gerber, Bemerkungen zum ersten Artikel des D. H. G. B. (Decanatsprogramm.) — Vgl. auch Laband in Ztschr. f. H. R. XVIII. S. 466 ff.

patentes zum a. b. G. B. vom 1. Juni 1811 Nr. 946 J. G. S. klar, daß das Handelsgewohnheitsrecht durch die Bestimmung des §. 10 a. b. G. B. nicht berührt wurde. In Handelssachen gelten nach dem citirten Absatze des Kundmachungspatentes die besonderen Handelsgesetze, insofern sie von den Vorschriften des a. b. G. B. abweichen. Abgesehen davon, daß nach herrschender Ansicht hiebei nicht zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Rechte unterschieden wird, so enthielten die betreffenden in Handelssachen erlassenen Gesetze doch Berufungen auf das Gewohnheitsrecht, und kann auch §. 10 des a. b. G. B. sich nur auf das allgemeine bürgerliche Recht betreffende Gewohnheiten beziehen. Der Einwand, daß bei dem Umstande, als das gemeine Recht als Quelle des allgemeinen bürgerlichen Rechtes aufgehoben wurde, das bürgerliche Gesetzbuch aber keine Normen rücksichtlich der Festsetzung des Bestehens bezw. rücksichtlich der Kriterien des Gewohnheitsrechtes enthalte, ein Handelsgewohnheitsrecht nicht bestehen könne, ist nicht stichhältig; denn was für einen Sinn hätte die Bestimmung des mehr citirten §. 10, wenn die Gesetzgeber nicht der Ansicht gewesen wären, daß es ein Gewohnheitsrecht geben könne. Zudem bedarf es auch gar nicht ausdrücklicher diesbezüglicher Bestimmungen. Gewohnheiten sind Thatsachen und müssen wie jede andere Thatsache von dem sie behauptenden Theile bewiesen werden. Es ist klar, daß hiezu alle im Gerichtsverfahren anerkannten Beweisführungen gestattet sind. Eine Gewohnheit kann daher durch Urkunde, durch Zeugen, insbesondere aber durch Sachverständige als bestehend erhoben bezw. bewiesen werden.

Es ist selbstverständlich, daß diese Gewohnheiten dem Gesetze nicht widersprechen durften, denn dadurch würden sie über das Gesetz erhoben werden und die Sicherheit des Rechtes gefährden. Die Gewohnheit soll nur das Gesetz ergänzen, nicht aber abändern. Letzteres ist Sache der Gesetzgebung.[3])

III. Vor dem Inkrafttreten des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 galt in Oesterreich auch das gemeine Recht als Quelle des bürgerlichen, daher auch des Handelsrechtes. Es war aber nicht nur Subsidiarquelle in Handelssachen, sondern insoweit es keine speciellen Gesetze oder Statuten (Privilegien) gab, war es originäre Rechtsquelle. Mit dem Inkrafttreten des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 aber hörte das römische Recht auf, Quelle des bürgerlichen Rechtes zu sein, war sohin auch nicht mehr Quelle des Handelsrechtes in Oesterreich.

IV. An Stelle des gemeinen (römischen) Rechtes trat nach Abs. VII. des bereits erwähnten Kundmachungspatentes das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811. Eben dieser Absatz des Kundmachungspatentes bestimmt, daß Handels- und Wechselgeschäfte nach den besonderen Handels- und Wechselgesetzen beurtheilt werden sollen, insoferne diese von den Vorschriften des a. b. G. B. abweichen, so daß das bürgerliche Gesetzbuch gegenüber den Handelsrechtsnormen wie früher das römische Recht ergänzend eintritt, u. z. subsidiär rücksichtlich jener Materien, welche die

---

3) v. Stubenrauch, Oestr. Handelsrecht 1. Aufl. (1859) §. 6. (S. 9.)

einzelnen Handelsgesetze und -verordnungen regeln, originär aber in allen Materien, die überhaupt ein specielles Handelsgesetz nicht bezw. noch nicht regelt, und die in den Kreis der Handelssachen noch nicht aufgenommen sind.

V. Mangels einer gesetzlichen Norm oder einer Gewohnheit ist auf ähnliche bereits gesetzlich normirte Fälle zurückzugehen und nach Analogie der dort getroffenen Entscheidungen zu urtheilen. Dies ist die Rechtsanalogie, die sowohl im gemeinen Rechte zulässig war, als auch im §. 7 des a. b. G. B. ausdrücklich als Rechtsquelle anerkannt worden ist.

§. 6.

2. Nach Einführung des allg. deutschen H. G. B.

A. Das allg. deutsche H. G. B. selbst.

a) Entstehung desselben[1]) und Einführung in Oesterreich.

I. Der erste Schritt, der Rechtszersplitterung in Deutschland ein Ende zu machen, ging von Württemberg aus, welches in der Zollconferenz im Jahre 1836 den Antrag auf eine gemeinsame Handelsgesetzgebung im Zollvereinsgebiete stellte. Dieser Antrag fand zwar allgemeine Zustimmung und Beifall und, wenn er auch noch nicht eine gemeinsame Handelsgesetzgebung erwirkte (— als Preußen im Jahre 1838 in der Zollvereinsconferenz diesen Antrag wieder in Erinnerung brachte, hielt man allgemein diese Idee für unausführbar —), so veranlaßte er doch einzelne deutsche Staaten zu Reformen im Handels- und Wechselrecht, so namentlich Preußen, Sachsen, Württemberg, Braunschweig, Nassau, durch welche Reformen wenigstens eine theilweise Ausgleichung der particularrechtlichen Verschiedenheiten erzielt wurde. Auch trugen diese legislativen Reformen dazu bei, um die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit deutscher Rechtseinheit zu befestigen. Mit Rücksicht auf das obige Schicksal des württembergischen — später von Preußen wiederholten — Antrages wollte man nun vorerst die Rechtseinheit auf einem kleineren Rechtsgebiete, dem Wechselrechte, wo die Frage nach der Rechtsgleichheit am brennendsten schien und war, erreichen. Deshalb beschränkte Württemberg im Jahre 1846 seinen Antrag auf Codification eines gemeinsamen deutschen Wechselrechtes, die auch in der kurzen Zeit von October bis December 1847 seitens der hiezu eingesetzten in Leipzig tagenden Commission zu Stande gebracht wurde. Die allgemeine deutsche Wechselordnung wurde sodann in der Zeit von 1848 bis 1862 in den einzelnen deutschen Staaten im Wege der Particulargesetzgebung publicirt. Dieser günstige Erfolg des ersten Versuches deutscher Rechtsgemeinsamkeit ermunterte zu einem neuerlichen Versuche; und eben dieser Strömung folgte dann auch das damalige deutsche Reichs-Justizministerium, indem es eine Commission zur Abfassung eines gemeinsamen deutschen Handelsgesetzbuches einsetzte. Zufolge des Scheiterns der Reichsverfassung mußte

---

1) Vgl. insbes. Goldschmidt, Hdb. (2. Aufl.) §§. 10 u. ff. S. 57—196; v. Hahn, Comm. I., Einleitung S. 1—56 (4. Aufl. 1. Lfg.).

jedoch diese Arbeit unvollendet bleiben und abermals war es dem Zollverein vorbehalten, die Anregung zu weiteren Schritten zu geben, nachdem eine bezügliche Anregung Oesterreichs bei der Bundes-Centralcommission, sowie Anträge bei der Bundesversammlung erfolglos geblieben waren. Wieder war es Württemberg, das auf der zehnten Zollvereinsconferenz in Berlin im Jahre 1854 diese Angelegenheit in Anregung brachte. Auf Grund dieser Verhandlungen übernahm es Preußen, das bereits für das Personenrecht des Handelsstandes und für das Seerecht Entwürfe ausgearbeitet hatte, auf Antrag des kurhessischen und württembergischen Bevollmächtigten, einen Entwurf eines gemeinsamen deutschen Handelsgesetzbuches auszuarbeiten. Noch war Preußen mit der Ausarbeitung dieser Entwürfe beschäftigt, als Bayern in der deutschen Bundesversammlung am 21. Februar 1856 den Antrag auf Einsetzung einer Commission zur Berathung und Entwerfung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches stellte. Dieser Antrag wurde nach verschiedenen Verhandlungen und Verzögerungen — insbesondere mit Rücksicht auf die bevorstehende Vollendung des oben erwähnten preußischen Entwurfes — angenommen. Im Jänner des Jahres 1857 trat diese Commission in Nürnberg zusammen, in welche neben den hervorragendsten Juristen und Rechtslehrern, wie insbesondere Thöl, v. Hahn, Goldschmidt, Pape[1a]), v. Gerber, Seuffert, auch Kaufleute als Bevollmächtigte entsendet wurden.[2]) Dieser Commission, welche am 15. Jänner 1857 zu Nürnberg zusammentrat[3]), lag außer dem bereits erwähnten preußischem Entwurfe auch noch ein österreichischer Entwurf eines Handelsgesetzbuches in zwei verschiedenen Auflagen vor, nämlich ein in der österreichischen Ministerconferenz berathener (ministerieller) und ein im österreichischen Reichsrathe geprüfter (revidirter) Entwurf. Die Commission faßte in der zweiten Sitzung den einstimmigen Beschluß, ihren Berathungen den preußischen Entwurf, jedoch unter voller Beachtung des österreichischen Entwurfes, zu Grunde zu legen.[4]) Mit der Berathung selbst wurde in der Sitzung vom 21. Jänner 1857 begonnen.[5]) Zuerst wurden in zwei Lesungen (21. Jänner bis 2. Juli 1857 und vom 15. September 1857 bis 18. Jänner 1858) die vier ersten Bücher des Entwurfes durchberathen, worauf dann (vom 28. April 1858 bis 25. October 1859) die Berathungen des fünften Buches (Seerecht) in zwei Lesungen in Hamburg stattfanden.[6]) Ehe jedoch die Conferenz zur dritten Lesung der vier ersten Bücher in Nürnberg wieder zusammentrat, war zufolge eines vom preußischen Justizministerium im Interesse eines baldigen Ab-

---

1a) Pape trat erst in Hamburg bei der 1. Lesung d. Seerechts bei (Prot. S. 1473).

2) Verzeichniß der Commissionsmitglieder s. v. Hahn, Comm. I. Einl. §. 17.

3) Protokolle der Commission z. Berathung eines allg. deutschen H. G. B., herausg. v. Lutz, S. 1.

4) Protokolle S. 6. 5) Prot. S. 2—10.

6) Die Bezeichnung der Hamburger Commission als Subcommission der Nürnberger Commission ist ungenau und widerspricht der Auffassung der beiden Versammlungen selbst. (Prot. S. 868, 1466.) Auch wurden in Hamburg nicht bloß Beschlüsse seerechtlichen Inhalts gefaßt. (Prot. S. 3691 f.)

schlusses der Berathungen und der Erreichung des Zieles angeregten Uebereinkommens von Preußen, Oesterreich und Bayern bezüglich der dritten Lesung ein abgekürztes Verfahren vereinbart worden, wonach von den gegen den Entwurf zweiter Lesung eingebrachten 505 Erinnerungen der einzelnen deutschen Regierungen 251 gänzlich ausgeschieden, 62 als bloß redactioneller Natur einem Fassungsausschusse zugewiesen und 202 der freien Erwägung der Conferenz überlassen wurden. Dieser Vorschlag wurde trotz mehrfacher Widersprüche in der Sitzung vom 19. November 1860 angenommen; von Hannover, Kurhessen, Mecklenburg-Schwerin, Bremen, Hamburg und Lübeck wurden hiegegen Proteste und Vorbehalte eingelegt.[7]) Am 11. März 1861 waren die Berathungen zum Abschluß gelangt und am 12. März 1861 wurde die Conferenz geschlossen.

II. Der aus diesen Berathungen hervorgegangene Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches wurde nun in der Zeit von 1861 bis 1865 in den einzelnen deutschen Bundesstaaten als allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch eingeführt[8]), u. z. zuerst mit Gesetz vom 24. Juni 1861 in Preußen. In Oesterreich, mit Ausnahme von Ungarn, Croatien, Slavonien und Siebenbürgen wurden mit Einführungsgesetz vom 17. December 1862, Nr. 1 R. G. Bl. v. 1863, nur dessen vier erste Bücher als „Allgemeines Handelsgesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich“ mit Gesetzeskraft vom 1. Juli 1863 an publicirt.

So ward das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, wenn auch in den einzelnen deutschen Bundesstaaten formell als Partikularrecht verkündet, doch allgemeines deutsches Recht, gemeinsames Recht der ganzen deutschen Nation.

Zufolge der inzwischen eingetretenen politischen Umgestaltung Deutschlands ward das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Gesetz vom 5. Juni 1869 zum Bundes- und zufolge der Reichsverfassung vom 16. April 1871 zum deutschen Reichsgesetze. Für die Länder der ungarischen Krone jedoch ward ein auf Grundlage des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches verfaßtes, aber auch wesentlich ergänztes Handelsgesetzbuch als Gesetzesartikel XXXVII v. 1875 eingeführt, sowie auch in den auf Grund des Berliner Congresses von 1878 durch Oesterreich-Ungarn occupirten und unter österreichisch-ungarischer Verwaltung stehenden türkischen Provinzen Bosnien und Herzegowina mit 1. November 1883 ein auf ähnlicher Grundlage mit den Handelsgesetzen Oesterreichs und Ungarns basirendes Handelsgesetz in Wirksamkeit trat.

III. Hiedurch sollte in den einzelnen deutschen Staaten sowie auch in Oesterreich ein ausschließliches Handelsrecht geschaffen werden, und

---

7) Prot. S. 4507, 4512 ff.; 4493 bis 4507; 4553, 4683, 5118, 5124, 5127; 5058; s. auch die ausführlichen Darstellung hievon bei Thöl, Zur Geschichte des Entwurfs eines allg. deutschen H. G. B.

8) Die Daten der einzelnen Einführungsgesetze s. bei v. Hahn, Comm. I. Einleitung §. 14; — über die Einführung des deutschen H. G. B. in Oesterreich s. Blodig in Ztschr. f. H. R. VIII. S. 68—125.

soweit dieses Gesetzbuch selbst Normen enthält, mußten alle älteren particularistischen Gesetze weichen, sofern nicht das Handelsgesetzbuch selbst deren Fortbestand durch Verweisung auf die Landesgesetzgebung sanctionirt, bezw. sofern nicht ihre Fortdauer in dem Einführungsgesetze ausgesprochen wird. Ersteres wird bei Erörterung der bezüglichen Gesetzesnormen zu berühren sein, in letzterer Hinsicht wird bemerkt, daß nach §. 2 des österreichischen Einführungsgesetzes, die §§. 10 bis 14 der Minist.-Vrdg. vom 13. Mai 1860, Nr. 123 R. G. Bl., betr. die auf die Protokollirung sich beziehenden Gebühren (gegenwärtig abgeändert durch Gesetz vom 13. December 1862, Nr. 89 R. G. Bl.), nach §. 4 die auf Staatsverträgen beruhende Freiheit des Handelsbetriebes türkischer Unterthanen[9]), nach §. 22 die auf Gegenseitigkeit beruhenden gesetzlichen Vorschriften über die Beweiskraft der Handelsbücher in den Beziehungen zu anderen Staaten, und nach §. 40 die Bestimmungen über die Erledigung von Streitigkeiten aus dem Dienst- und Lohnverhältnisse nach den Gewerbegesetzen, die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden in Streitigkeiten zwischen dem Staate und dessen Bediensteten, oder den zum Verschleiße von Gegenständen des Staatsmonopols, oder zur Ausübung sonstiger Regalrechte des Staates bestellten Personen aufrecht erhalten bleiben, während nach §. 3 desselben Einführungsgesetzes die Gesetze über Zinstaxen und Wucher[10]) durch das Handelsgesetzbuch nur insoweit berührt werden, als dasselbe andere besondere Bestimmungen enthält, und nach §. 25 die in den Gewerbegesetzen über das gewerbliche Hilfspersonale enthaltenen Vorschriften bezüglich der Gehilfen bei Handlungsgewerben, soweit die Art. 59—65 H. G. B. nicht etwas Anderes verfügen, neben dem Handelsgesetzbuche in Kraft bleiben. Sodann bleiben nach §. 43 Einführungsgesetz auch die Bestimmungen der Civil-Jurisdictionsnorm aufrecht, soweit sie nicht durch das Einführungsgesetz abgeändert wurden. §. 29 des Einführungsgesetzes bestätigt nur das in Art. 84 H. G. B. den Landesgesetzgebungen gewährte Recht der gesetzlichen Regelung des Mäklerrechtes, die in Oesterreich mit Gesetz vom 4. April 1875 erfolgte. Welche Bedeutung der Bestimmung des §. 3 Einf.-Ges., daß die Gesetze über die Erwerbung, Beschränkung und Aufhebung dinglicher Rechte auf Immobilien durch das Handelsgesetzbuch nicht berührt werden, beizulegen ist, wird später zu besprechen sein. Hier sei nur erwähnt, daß dieser Satz nur ein Ausfluß der negativen Tendenz des Handelsgesetzbuches gegen-

9) Diesbezügliche grundsätzliche Bestimmungen finden sich bereits im Art. XIV. des Carlowitzer Friedens v. 26. Jän. 1699, näher normirt im Art. XIII des Passarowitzer Friedens v. 21. Juli 1718 und im Handels- und Schiffahrtsvertrage vom 27. Juli desselben Jahres, bestätigt im Belgrader (18. Sept. 1739) und im Szistower Frieden (17. Aug. 1791), zuletzt normirt im Additional-Acte zum östr.-türkischen Handels- u. Schiffahrtsvertrag vom 10./22. Mai 1862, (cf. Art. VII dieses Vertrages), vgl. diesbezügliche Durchführungsbestimmungen i. Hofd. v. 28. Juli 1886, Hofkzld. v. 5. Nov. 1833 Z. 3803; Pat. v. 31. März 1810, Hof-Vdg. v. 8. April 1796.

10) Gegenwärtig gelten diesbezüglich in Oesterreich die Gesetze vom 14. Juni 1868 Nr. 62 R. G. Bl. u. v. 28. Mai 1881 Nr. 47 R. G. Bl.

über dem Immobiliarverkehre ist, welcher §. 3 Einf. Ges. bezüglich der dinglichen Immobiliarrechte Ausdruck verleiht.

Die in §. 28 noch aufrecht erhaltenen, die Zuständigkeit und das schiedsrichterliche Amt der Börsenkammer betreffenden Bestimmungen der Gesetze über die Wiener Geldbörse vom 11. Juli 1854, R. G. Bl. Nr. 200, und über die Waarenbörse und Waarensensale vom 26. Februar 1860, Nr. 58 R. G. Bl., sind nunmehr zufolge des Gesetzes vom 1. April 1875, Nr. 67 R. G. Bl., und Min. O. vom 19. April 1875, Nr. 69 R. G. Bl., mit 1. Jänner 1876 außer Kraft getreten.

Die in §. 2 Einf. Ges. gegebene Aufzählung der durch das Handelsgesetzbuch aufgehobenen Gesetze ist überflüssig, da aus §. 1 sich dasselbe ergibt, zumal diese Aufzählung auch nicht vollständig ist.[11])

§. 7.

b) Text und Inhalt des Handelsgesetzbuches.[1])

I. Authentischer Text des Handelsgesetzbuches in Oesterreich ist in Gemäßheit des §. 2 des Ges. v. 10. Juni 1869, Nr. 113 R. G. Bl., der in der deutschen Ausgabe des Reichsgesetzblattes Nr. 1 ex 1863 mit Einführungsgesetz vom 17. December 1862 publicirte, aus den Berathungen zu Nürnberg hervorgegangene, seither aber bereits theilweise abgeänderte[2]) Text des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, wovon jedoch das fünfte, das Seerecht betreffende, Buch in Oesterreich nicht recipirt wurde. An Stelle dieses 5. Buches trat die italienische Uebersetzung des 2. Buches des Code de commerce, wie derselbe für das ehemalige Königreich Italien galt, jedoch mit Ausschluß des 4. und 5. Titels, welche durch das Editto politico di navigazione mercantile Austriaco vom 25. April 1774 ersetzt wurden[3]).

II. Seinem Inhalte nach zerfällt das Handelsgesetzbuch, abgesehen von den drei ersten allgemeine Bestimmungen enthaltenden Artikeln in zwei Hauptheile, in die Lehre vom Handelsstande und den Gesellschaften einerseits und die Lehre von den Handelsgeschäften andererseits. Formell vertheilt sich dieser Stoff auf vier Bücher, deren jedes in mehrere Titel zerfällt. Mehrere dieser Titel zerfallen wieder in Abschnitte. Die einzelnen Artikel des Gesetzes sind fortlaufend ohne Rücksicht auf die einzelnen Bücher, Titel und Abschnitte numerirt. Im ersten Buche ist unter dem Begriffe der Lehre vom Handelsstande nicht nur die Lehre vom Kaufmann, sondern

---

11) Brix, Das allg. d. H. G. B. vom Standpunkte der öftr. Gesetzgebung (1864) S. 12 Note 10.

1) Vgl. Endemann in dem von ihm herausg. Handb. I. §. 8.

2) Vgl. Mäklergesetz vom 4. April 1875, Nr. 68 R. G. Bl. Andererseits wurde indessen in Deutschland das Gesellschaftsrecht mehrfach abgeändert (vgl. Novelle vom 11. Juni 1870, Reichsgesetz vom 18. Juli 1884, Ges. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892).

3) Montenegro ist nach Art. 29 der Berliner Congreßacte von 1878 verpflichtet, die österreichische Seegesetzgebung anzunehmen.

auch die Lehre vom Handelsregister, von der Firma, der Procura und Handlungsvollmacht, den Handlungsgehilfen und den Mäklern erörtert, wobei zu erwähnen ist, daß der Titel über die Mäkler (Art. 66—84) in Oesterreich durch das Gesetz vom 4. April 1875, Nr. 68 R. G. Bl., ersetzt wurde.[4]) Das zweite Buch handelt von den einzelnen Handelsgesellschaften[5]), das dritte Buch von der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. Gegenstand des vierten Buches ist die Lehre von den Handelsgeschäften. Der Begriffsbestimmung der einzelnen Handelsgeschäfte folgen hier allgemeine Bemerkungen über Handelsgeschäfte und deren Abschließung und Erfüllung, worauf dann Kauf, Commissions-, Speditions- und Frachtgeschäfte abgehandelt werden.[6])

Das Handelsgesetzbuch kann nun trotz der Vollständigkeit in einzelnen Materien doch nicht als erschöpfende Codification des Handelsrechtes angesehen werden. Theils findet es seine Ergänzung in anderen Gesetzen, theils aber und insbesondere im sonstigen bürgerlichen Rechte. Dagegen enthält das Handelsgesetzbuch aber auch nicht bloß ihrem Gegenstande und ihrem Inhalte nach ausschließlich dem Handelsrechte angehörige Sätze, sondern auch Sätze des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, theils unverändert, theils verändert. Das Handelsgesetzbuch schneidet so manche Streitfrage und Zweifeln des sonstigen Civilrechtes für das Gebiet des Handelsrechtes ab. Man unterscheidet sohin zwischen dem Handelsrechte ausschließlich eigenen, materiell angehörigen und in dasselbe aus dem bürgerlichen Rechte — unverändert oder verändert — übernommenen, dem Handelsrecht bloß formell angehörigen Sätzen.

Wie die Sätze des sonstigen Civilrechtes sind auch die Bestimmungen des Handelsrechtes theils absolute, theils dispositive oder Normativvorschriften. Erstere sind zwingender Natur, nach ihnen muß im einzelnen Falle vorgegangen und geurtheilt werden. Die Letzteren dagegen kommen nur dann zur Anwendung, wenn die Parteien im einzelnen Falle nichts Anderes bestimmt und vereinbart haben. Sie suppliren den Willen der Parteien, wenn diese sich nicht erklärt haben, aber nicht als bloße Rechtsvermuthungen für die Auslegung des Willens[7])

---

4) Im ungar. u. im bosn.-herzeg. H. Ges. wird die Lehre von den Mäklern im 2. die Handelsgeschäfte betreffenden Theile unter der Marginalrubrik „Mäcklergeschäft" behandelt.

5) Die Commanditactien und die stille Gesellschaft wie die Gelegenheitsgesellschaft (Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung) fehlen im ungar. u. im bosn.-herzeg. H. Ges. (siehe oben §. 3 Note 7), wogegen in beiden Handelsgesetzen die Genossenschaften Aufnahme fanden. (In Oesterreich Gesetz vom 9. April 1873, Nr. 70 R. G. Bl., in Deutschland vom 1. Mai 1889 R. G. Bl., S. 55.)

6) Im ungar. H. G. B. auch noch das Lagerhausgeschäft (§§. 434—452) [vgl. östr. Ges. vom 28. April 1889, Nr. 64 R. G. Bl.], das Versicherungsgeschäft (§§. 453—514) und das Verlagsgeschäft (§§. 515—533).

7) Endemann im Handb. f. H. S. u. W. R. I. §. 8 (S. 35); Voigtel, Arch. f. H. u. W. S. VI. S. 451.

der Parteien, sondern als deren Willen ergänzende Vorschriften, nicht als ob angenommen würde, die Partei hätte, wenn sie ihren Willen nicht ausdrücklich ausspricht, die Vorschrift des Gesetzes gewollt, sondern aus eigener gesetzlicher Kraft, ohne Willen, ja sogar gegen den Willen der Parteien, wenn nur dieser nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Es ist klar, daß sohin leicht von den Dispositionsvorschriften des Handelsgesetzbuches abweichende Usancen, Statuten und Reglements entstehen können. Natürlich wird es auch hier vom Willen der Partei abhängen, ob sie sich diesen autonomen Normen — wenn auch nur stillschweigend — unterwirft oder nicht; denn nur in ersterem Falle ist die dispositive Vorschrift des Gesetzes ohne Wirkung. Erhellt aber nicht, daß sich die Partei diesen autonomen Vorschriften unterwirft und ist auch sonst nichts vereinbart, so ist es klar, daß sodann die Gesetzesvorschrift als solche und kraft eigener Macht gilt, selbst wenn die Parteien sich derselben gar nicht bewußt waren oder sogar dieselben nicht gewollt haben.

Während der Verletzung von absoluten Vorschriften Ungiltigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes oder Rechtsactes[8]), oder Strafe[9]) bezw. Schadenersatz[10]) oder beides[11]) folgt und selbe nur ausnahmsweise keine Rechtsfolge nach sich zieht[12]), kann die Verletzung einer Dispositivvorschrift (Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung) einen Grund zur Revision des Urtheiles geben, nicht aber auch die Verletzung von Normen der Privatautonomie.

---

8) Zusammengestellt bei Goldschmidt H. R. I. §. 33 Note 34: Art. 7 S. 1, 43, 54, 110, 112, 113, 116 [111, 114], 117, 118, 138, 163. S. 2, 165, 166, 173, 184. (Vgl. ungar. H. G. §§. 39, 51, 87, 88, 89, 92 [90], 93, 94, 113, 138, 139, 140; bosn.-herzeg. H. Ges. §§. 4, 42, 54, 91, 92, 93, 96 [94], 97, 98, 117, 142, 143, 144.)

9) Goldschmidt a. a. O. Note 35; v. Hahn, Comm. I. §. 13 ad Art. 11. Art. 26 rücksichtlich der Vorschriften der Art. 16—25; Art. 45, 71 (Mäklerges.), Art. 89 rücksichtlich der Art. 86 bis 88; Art. 129, 135, 154 rücksichtlich der Art. 151—153, 155, 171, 198, 212, 214, 228, 233, 243, 244, 247, 251; §. 12 Einf. Ges. (Vgl. ungar. H. Ges. §. 21 bezügl. der §§. 11—20, dann §§. 41, 536, 110, 129 bezügl. §§. 126, 127, 128, dann §§. 130, 145, 181, 195, 202, 203; bosn.-herzeg. H. Ges. §. 23 bezügl. §§. 12—22; §§. 44, 449, 114, 113 bezügl. §§. 130, 131, 132; dann §§. 134, 149, 196, 217, 218.)

10) Goldschmidt l. c.; Art. 27, 56, 81 nach dem Mäklergesetze; 97, 173, 178, 204, 241, 245 (modif. durch Kais. V. O. v. 21. Juni, 1873 Nr. 114 R. G. Bl., s. Manz'sche Ges.-Ausg. betr. Art. 245), 310, 311, 343, 345, 354—356, 362 bis 365, 380, 393, 395—399. (Vgl. ungar. H. Ges. 24; 53, 546, 75, 189, 195, 196, 205, 305, 306, 351, 344, 352—356, 369—371, 384, 396, 398—401; bosn.-herzeg. §§. 27, 56, 458, 79, 213, 219, 323, 324, 369, 362, 370—374, 382 bis 384, 398, 409, 411—414.)

11) Goldschmidt a. a. O. Note 36: Art. 27, 178 im Zusammenhang mit Art. 179, Art. 202 und 203 im Zusammenhange mit Art. 201 und 204; dann Art. 217 im Zusammenhange mit Art. 241; dann Art. 245 und 247 im Zusammenhange mit Art. 243. (Vgl. ungar. H. Ges. §. 24; §. 165 im Zusammhange mit §. 189; dann §§. 204 und 205 im Zusammenhange mit §. 202; bosn.-herzeg H. G. §. 26; §. 171 im Zusammenhange mit §. 213; §§. 219 und 220 im Zusammenhange mit §. 217.)

12) Goldschmidt l. c. Note 37: Art. 28—33; 44, 48, 139 u. s. w. (Vgl. ungar. H. Ges. §§. 25—30, 40, 44, 114 u. s. w.; bosn.-herzeg. H. Ges. §§. 27 bis 32; 43, 47; 118 u. s. w.)

§. 8.

c) Interpretation des H. G. B.[1])

I. Mit Recht hat es das Handelsgesetzbuch unterlassen, Bestimmungen über seine Auslegung zu geben. Das Handelsgesetz war in den einzelnen Theilen des damaligen Deutschen Bundes als Particulargesetz und als Theil des Privatrechtes publicirt worden; es lag für dasselbe kein Anlaß vor eigene Interpretationsregeln zu schaffen, denn als Landesgesetz der einzelnen deutschen Bundesstaaten war es den Regeln dieser Staaten über Kundmachung, Wirksamkeit und Auslegung unterworfen.

Es kann daher hier auf die Bestimmungen des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches verwiesen werden (§§. 6, 7, 8), welches die Lehre der Auslegung der Gesetze sehr kurz, doch fast erschöpfend[2]) behandelt. Hienach sind auch hier die logische und die grammatische Interpretation zur Feststellung des Sinnes einer Gesetzesstelle (§. 6 a. b. G. B.), und die Analogie zur Ergänzung von Lücken des Gesetzes (§. 7 a. b. G. B.) in derselben Weise wie im sonstigen Privatrechte zulässig. In allgemein verbindlicher Weise kann aber nur der Gesetzgeber ein Gesetz interpretiren (§. 8 a. b. G. B.); sog. authentische Interpretation, im Gegensatze zu welcher die vom Richter oder von der Wissenschaft ausgehende Interpretation die doctrinelle genannt wird.

Endlich sei noch bemerkt, daß im Handelsgesetzbuche gebrauchte aber nicht definirte juristisch-technische Bezeichnungen für rechtliche Begriffe mit Hilfe der erwähnten Interpretationsmittel aus dem Handelsgesetzbuche selbst zu erklären, nicht aber ohne weiters in dem im allgemeinen Privatrechte — sei es im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, sei es in einem anderen Gesetze — gebräuchlichen Sinne zu nehmen sind.[3])

Ferner dürfte die sog. usuelle Interpretation, welche durch Gewohnheitsrecht entsteht, obgleich sie nach österreichischem bürgerlichen Rechte, welches jedem Gewohnheitsrechte die Anerkennung versagt (§. 10 a. b. G. B.), ausgeschlossen, im Handelsrechte, welches das Handelsgewohnheitsrecht als Rechtsquelle subsidiär praeter legem, aber ohne derogatorische Kraft anerkannt (Art. 1), unter eben diesen Voraussetzungen, unter welchen Handelsgewohnheitsrecht Rechtsquelle ist, zur Erklärung kaufmännisch-technischer Begriffe des Handelsgesetzbuchs als zulässig erkannt werden können.

Für die Frage, wie Widersprüche im Gesetze zu lösen sind, gibt das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmungen. Beruhen Widersprüche nicht etwa nur auf Schein, so wäre nach sorgfältiger Prüfung und Erwägung jene der sich widersprechenden Normen vorzuziehen, die mit dem Geiste des ganzen Gesetzeswerkes im Einklange steht, oder

---

1) Vgl. Endemann in dem von ihm herausgegebenen Handb. I. §. 8 u. Goldschmidt, Handb. d. H. R. I. §. 34.

2) Burckhard, System d. östr. Privatrechtes I. §. 15 (S. 123), vgl. zu diesem Abschnitte überhaupt Unger, System des östr. allg. Privatr. I. (3. Aufl.) §§. 10 bis incl. 14; Pfaff-Hofmann, Comm. z. allg. bürg. G. B. I. ad §§. 6, 7, 8.

3) Z. B. Veräußerung, Anschaffung; vgl. Anschütz-Völderndorff, Comm. z. H. G. B. I. zu Art. 1 sub IIa (S. 21 u. f.) u. Goldschmidt, Handb. I. §. 47, Note 25.

sie wären, falls beide mit dem Rechtsganzen gleich harmoniren, als sich gegenseitig aufhebend anzusehen, in welchem Falle dann so zu entscheiden wäre, als ob überhaupt kein Rechtssatz vorhanden wäre, also u. A. nach Analogie.[4])

Die Titelüberschriften in einem Gesetze sind nicht Theile eines Gesetzes, können jedoch eventuell als Mittel zur Erläuterung einer Gesetzesstelle dienen, indem mitunter gerade die Stellung eines Artikels in einem bestimmten Abschnitte bei seiner Auslegung entstehende Zweifel beseitigen kann.

Ihrer Wirkung nach kann die Interpretation eine ausdehnende (extensive) oder einschränkende (restrictive) sein.

II. Wie die Geschichte die jeweiligen Verhältnisse stets als Product und Consequenz der vorausgegangenen Zeiten erkennen lehrt, so gewähren auch die Vorarbeiten des Gesetzgebers (Entwürfe, Motivenberichte und Berathungsprotokolle der Codificationscommission) oft Aufklärung für die von ihm getroffenen Entscheidungen.[5]) Aber alle diese Vorarbeiten sind ihrem Wesen nach doch nur eine Privatarbeit, wenn auch von ganz besonderer Bedeutung. Sie sind nicht Gesetz, nur ein Mittel zur Erläuterung des Gesetzes, nicht Quelle der Interpretation des Gesetzes, sondern nur Interpretationshilfsmittel, nicht Wille des Gesetzgebers, sondern ein Mittel zur Erkenntniß dieses Willens. Mag in den Protokollen der Codificationscommission auch immerhin ein im Gesetze nicht ausgesprochener Satz als Ansicht der Majorität der Commissionsmitglieder vorkommen, so ist er deswegen allein noch nicht als zu Recht bestehend anzuerkennen, wenn er nicht auch auf dem Wege anderer Interpretation zu ermitteln ist; mag in den Protokollen ein Wort des Gesetzes enger oder weiter aufgefaßt werden, deshalb allein ist es noch nicht im engeren oder weiteren Sinne zu nehmen. Ist der Wille des Gesetzgebers anders, als dieser wollte, zum Ausdrucke gelangt, entspricht das Gesetzeswort nicht dem von der Majorität der Commission Gewolltem, so kann aus diesem Grunde allein das Gesetzeswort nicht anders aufgefaßt werden, als es nach den sonstigen Regeln der Interpretation aufzufassen wäre. Durch die Publication des gesetzgeberischen Willens in der bestimmten Form fand eben der gesetzgeberische Wille diesen und keinen anderen äußeren Ausdruck, selbst wenn man anders gewollt hätte; das Gesetzeswort erlangt durch die Publication in dem publicirten Ausdrucke Gesetzeskraft, es ließe sich denn nachweisen, daß ein Redactionsfehler vorliege. Diesem ihrem Charakter und Wesen entsprechend sind auch die Protokolle sowie alle Materialien und Vorarbeiten des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches für dessen Interpretation zu verwerthen und als solche werden sie eine ungemein große Bedeutung zur Erkenntniß des gegenwärtigen Handelsrechtes haben, ja, ohne deren Benutzung kann eine gründliche

---

4) Schiffner, Systemat. Lehrb. des östr. allg. Civilrechtes I. §. 18.

5) v. Hahn, Comm. I. §. 19 (S. LXII u. ff., insbesondere S. LXIX) und in den Bl. f. Rechtspflege in Thüringen Bd. XII.; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. X. S. 41; A. A. Schlesinger in Göttingischen gel. Anz. 1864, S. 1976, 1978 und Ztschr. f. H. R. XII. S. 191 ff.

Kenntniß und ein klares Verständniß des Handelsrechtes nicht erlangt werden. Insbesondere aber ist die aus ihnen erhellende Entstehungsgeschichte der einzelnen Artikel des Gesetzbuches von großer Wichtigkeit, wobei aber niemals nur die auf einen Artikel allein bezüglichen Protokolle maßgebend sind, sondern oft die Entstehungsgeschichte eines Artikels auf einen anderen Artikel und dessen Fassung zurückwirkt. Die Benutzung der Protokolle ist sohin keine leichte, aber eine für den Commentator des Gesetzes fast unerläßliche Arbeit.

§. 9.

B. Das Handelsgewohnheitsrecht.[1]

Insoweit das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen enthält, tritt nach Art. 1 H. G. B.[2] in Handelssachen in erster Linie das Handelsgewohnheitsrecht als Rechtsquelle ein. Dies versteht Art. 1 offenbar unter dem Ausdrucke „Handelsgebräuche", da nicht Gebräuche an sich, sondern nur Rechtssätze Entscheidungsnorm sein können.[3] Die Gebräuche sind nur der sichtbare Ausdruck des Gewohnheitsrechtes. Aber nicht alle Gebräuche und Gewohnheiten sind Gewohnheitsrecht, sondern nur jene, aus welchen ein Rechtssatz abstrahirt werden kann[4], und nur diese sind in Art. 1 gemeint[5], denn nur sie können Rechtsquelle sein. Die bloße wiederholte bezw. übereinstimmende Vornahme derselben Handlung kann nicht Rechtsquelle, sondern höchstens Hilfsmittel zur Interpretation einer Willenserklärung sein und in dieser Richtung ist auf sie bei Beurtheilung des Abschlusses von Handesgeschäften gemäß Art. 279[6]) H. G. B. Rücksicht zu nehmen. Diese Gebräuche werden auch Geschäftsgebräuche, Usancen, Handelsusancen, Usus, Handelssitte, naturalia negotiorum, Gewohnheiten, genannt. Auch das Handelsgesetzbuch scheidet das Handelsgewohnheitsrecht dem Ausdrucke nach nicht von den gewöhnlichen Gebräuchen, Usancen.[7]

---

1) Vgl. bes. Goldschmidt, Handb. I. §§. 35 u. 36; und Gutachten über Entwurf eines d. H. G. B. Erlangen 1860, S. 12; v. Hahn, Comm. I. §. 12 ad Art. 1, §. 2 u. Zusatz ad Art. 279; Staub, Comm. z. a. d. H. G. B. §§. 4 bis incl. 10 ad Art. 1, §§. 2 bis incl. 6 ad Art. 279, sowie die dort angegebene Literatur; v. Stubenrauch, Oestr. H. R. §. 8 (S. 32 bis 33); Tegazzini in Allg. Oestr. Ger. Ztg. Nr. 31 ex 1857; v. Gerber, Bemerkungen zum ersten Artikel des d. H. G. B., Decanatsprogramm (s. dagegen v. Hahn l. c. Zusatz ad Art. 279); vgl. auch Keyßner in Gruchot's Beitr. XII. S. 581, Laband in Ztschr. f. H. R. XVII. S. 466 ff., Zitelmann im Arch. f. civilist. Praxis LXVI. S. 323 ff., Rümelin im Jahrb. f. Dogmat. XXVII. S. 153 ff.; Goldschmidt, Universalgesch. des H. R. I. S. 35 ff., 90 ff., 126 ff., 151 ff.; für die Praxis vgl. Adler-Clemens Entsch. z. H. G. B. I. 237, Entscheidungen des deutschen Reichs-Oberhandelsgerichts bzw. Reichsgerichts: R. O. G. H. VI. S. 370; R. G. XXIII. S. 100. — H. G. B. Art. 1 und 279; ungar. H. G. §§. 1 und 267, bosn. §§. 1 und 291.

2) H. Ges. f. Ungarn §. 1; f. Bosn. u. Herzeg. §. 1.

3) v. Hahn, Comm. I. §. 12 zu Art. 1.

4) v. Hahn, Comm. I. §. 12 zu Art. 1.

5) v. Hahn, Comm. I. §. 12 zu Art. 1.

6) Ungar. H. G. B. §. 267, bosn.-herzeg. §. 290.

7) Das Handelsgesetzbuch spricht in Art. 1, 326, 334, 342, 349 von Handelsgebräuchen, in Art. 327, 352, 369, 370 von Handelsgebrauch an einem bestimmten Orte, in Art. 57, 61, 80, 82 (beide im

Es muß daher stets untersucht werden, was das Handelsgesetzbuch unter dem betreffenden Ausdrucke versteht; nur die in Art. 1 und 349 [8]) erwähnten Handelsgebräuche sind Handelsgewohnheitsrecht, sohin Rechtsquelle, die übrigen im Gesetze erwähnten Gewohnheiten und Gebräuche aber nur Interpretationsmittel sind.[9]) Zum Begriffe des Handelsgewohnheitsrechtes sind lediglich die von der Theorie für das Gewohnheitsrecht überhaupt aufgestellten Merkmale erforderlich: eine thatsächliche, erkennbare Uebung, die als bewußte und gewollte Anwendung eines bestehenden Rechtes erscheint, deren Vorhandensein der Richter in concreto nach freiem Ermessen zu prüfen hat. Keineswegs ist aber das Handelsgewohnheitsrecht nur in dem Umfange anerkannt, in welchem es particularrechtlich Anerkennung gefunden hat. Die für das particulare Civilgewohnheitsrecht bestandenen Beschränkungen sind für das Handelsgewohnheitsrecht als beseitigt anzusehen; das Handelsgesetzbuch erwähnt in Art. 1 das allgemeine bürgerliche Recht an dritter, das Handelsgewohnheitsrecht aber an zweiter Stelle, sofort nach dem Gesetze selbst, als Handelsrechtsquelle. Es kann sohin in Oesterreich auch nicht die Beschränkung des §. 10 a. b. G. B. gelten. Die einzige Beschränkung, die das Handelsgesetzbuch für das Handelsgewohnheitsrecht aufstellt, ist, daß es nur in Handelssachen u. z. nur dann gilt, wenn das Handelsgesetzbuch keine Bestimmung enthält, und dann nicht, wenn das Gesetzbuch etwas bestimmt, d. i. daß ein Handelsgewohnheitsrecht nur praeter legem, nicht contra legem entstehen kann, sohin dem Gesetze nie derogirt. Wie

---

Mäklergesetz), 351, 394 von Ortsgebrauch, in Art. 285, 339, 346, 371 von „ortsgebräuchlich“, in Art. 70 (Mäklergesetz) von „ortsüblich“, in Art. 279 von im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen. Nur in Art. 1 u. 349 versteht das Handelsgesetzbuch unter den Handelsgebräuchen das Handelsgewohnheitsrecht, u. z. auch in Art. 349 nur das bereits vor dem Handelsgesetzbuch bestandene Handelsgewohnheitsrecht, nicht aber später entstandenes, so daß auch in diesem Artikel keine Ausnahme von dem aus Art. 1 sich ergebenden Grundsatze, daß es nur ein Gewohnheitsrecht, praeter legem, nicht aber contra legem gebe, aufgestellt wird. (v. Hahn, Comm. I. §. 10 ad Art. 349; vgl. Keyßner, H. G. B. Nr. 7 ad Art. 349). Für die Fälle der Art. 57 und 82 kann sich auch ein locales Gewohnheitsrecht entwickelt haben. Der „Ortsgebrauch“ kann in diesen zwei Artikeln daher nicht nur Geschäftsgebrauch als Erkenntnißquelle des Vertragswillens, sondern auch Handelsgewohnheitsrecht bedeuten. (Keyßner, Comm. Nr. 7 zu Art. 57, Nr. 5 zu Art. 82; Laband, Ztschr. f. H. R. XVII. S. 506.) In den übrigen hier citirten Artikeln meint das Handelsgesetzbuch die bloße thatsächliche Uebung, sowie die Usancen. (Vgl. Makower, das allg. d. H. G. B. mit Comm. (9. Aufl.) Note 3 d zu Art. 1; Staub, Comm. 8, 19 zu Art. 349; Laband in Ztschr. f. H. R. XVII. S. 466.) — In §. 118 des deutschen Gerichtsverfassungsges. ist „Handelsgebräuche“ wohl im Sinne von Handelsgewohnheiten gebraucht. (Puchelt, Comm. z. H. G. B. I. S. 7 u. 8 zu Art. 1). Dasselbe gilt vom Sprachgebrauche des ungar. H. G. B. (vgl. §§. 1 u. 349 mit §§. 327, 334, 345, 328, 340, 375, 376, 377; 544, 547, 341, 397, 361, 345, 377, 267 und außerdem in §. 277 „handelsgebräuchlich“, in §. 361 „gebräuchlich“); und das bosn.-herzeg. H. Ges. (vgl. §§. 1 u. 367 mit 343, 350, 363, 344, 358, 388, 389, 58, 457, 460, 359, 410, 297, 354, 363, 290; und außerdem in §. 390 „örtlicher Handelsbrauch“ in §. 297 „usus“.

8) Vgl. ung. H. G. B. §§. 1 u. 349; bosn.-herzeg. §§. 1 und 367.

9) Vgl. die Citate in Note 7.

vom sonstigen Gewohnheitsrechte gilt auch vom Handelsgewohnheitsrechte, daß es die Sittlichkeit und das Gemeinwohl nicht verletzen darf; es darf aber auch nicht gegen Treue und Glauben, die den Handelsverkehr beherrschen, verstoßen.[10])

§. 10.

C. Das allgemeine bürgerliche Recht.[1])

An dritter Stelle d. h. wenn weder das Handelsgesetzbuch eine Norm gibt noch ein Handelsgewohnheitsrecht existirt, kommt in Handelssachen das allgemeine bürgerliche Recht in Anwendung. Dieses erscheint hier nur als subsidiäre Rechtsquelle. Allerdings ist das Handelsrecht geschichtlich ein vom gesammten Civilrecht losgetrennter Theil des Letzteren und hat sohin an sich schon Geltung in allen Punkten, welche nicht in speciellen handelsrechtlichen Normen ihre Regelung gefunden haben. Allein dies gilt nur von jenen Rechtsverhältnissen und jenen rechtlich bedeutsamen Erscheinungen und Eigenschaften, welche das Handelsrecht überhaupt nicht als Thatbestände des Handels anerkannt und darum nicht in den Kreis seiner Normen einbezogen, sondern unberührt gelassen hat. In solchen Fällen gilt das allgemeine bürgerliche Recht principaliter, originär; in diesen Fällen wurde seine Geltung durch das Handelsrecht gar nicht berührt, ja sogar vorausgesetzt. Anders in Handelssachen d. i. in Thatbeständen des Handels. Hier tritt das Handelsrecht als specielles, primäres Recht ein und das bürgerliche Recht wird subsidiäres Recht, Hilfsrechtsquelle, wie dies auch durch die Stylisirung des Art. 1 H. G. B. ausgedrückt wird. Dieses Recht ist in Oesterreich im Geltungsgebiete des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches das allgemein bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 und die nachträglich erfolgten einzelne Materien regelnden Gesetze. Sowie das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, wenngleich es „als der Ausdruck des . . . . gemeinsamen deutschen Rechtsbewußtseins erachtet und in diesem Sinne als allgemeines deutsches Recht" angesehen werden kann, von Anfang an „nicht in formeller Weise gemeines deutsches Recht"[2]), sondern, da es in den einzelnen deutschen Bundesstaaten nur dadurch und nur soweit Geltung erhielt, als es und inwieweit es in den einzelnen Staaten publicirt d. i. im Wege der Particulargesetzgebung eingeführt wurde, formell nur Particularrecht war, so kann es auch seine Ergänzung nur im Particularrechte und nicht etwa schlechthin im gemeinem Rechte haben. Der Aus-

10) Endemann im Handb. I. §. 10; Goldschmidt, Handb. I. §. 35, bes. auch Literatur in Note 34 daselbst.

1) Vgl. insbes. Goldschmidt, Handb. I. §. 37; v. Hahn, Comm. I. §. 14 zu Art. 1; Endemann im Handb. I. §. 20; und die bei diesen Schriftstellern erwähnte Literatur. — Für die Praxis vgl. Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum H. G. B. III. Nr. 297, 393, 408, 425, 441, 474, 475, VI. Nr. 922; Entscheid. des deutschen Reichs-Oberhandelsgerichts XI. S. 417, XIX. S. 304. Beispiele R. O. H. G. IV. S. 174, S. 353 ff., VI. S. 36, VII. S. 7, S. 227, XIII. S. 419.

2) Anschütz-Völderndorff, Com. I, zu Art. 1.

druck „das allgemeine bürgerliche Recht" in Art. 1 des H. G. G. will nicht „gemeines Recht" im technischen Sinne, sondern nur bezeichnen, daß alle Arten von Quellen des bürgerlichen Rechtes — geschriebenes und Gewohnheitsrecht Geltung haben.[3]) Für das österreichische Recht aber ist dies mit Rücksicht auf §. 10 a. b. G. B. ohne Belang.[4])

§. 11.

D. Mittelbare Rechtsquellen.[1])

Mittelbare Rechtsquellen sind jene, welche nur zur Förderung, Entwickelung und Erläuterung des Rechtes dienen, ohne daß aber aus ihnen wirklich im concreten Fall Recht geschöpft werden könnte. Hieher gehört die Rechtssprechung, die Wissenschaft und die Materialien, Vorarbeiten und Berathungsprotokolle eines Gesetzes, sohin im vorliegenden Falle die Protokolle der Nürnberger Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.

1. So groß nun auch die Bedeutung der Rechtssprechung der Gerichte, insbesondere der gleichmäßigen Rechtssprechung eines höchsten Gerichtes ist, Gesetzeskraft kommt ihr niemals zu. Die gerichtliche Entscheidung schafft Recht für die Streittheile im concreten Fall, aber sie ist nicht Rechtsquelle für oder gegen einen Dritten, sie bindet keinen Richter; ja nicht einmal die Entscheidungen eines höchsten Gerichtes binden die Untergerichte. Jedes Gericht hat in jedem einzelnen Fall von Neuem zu untersuchen und zu entscheiden, was Rechtens ist. Eine Berufung der Parteien oder der Gerichte auf in anderen analogen Streitfällen erflossene Entscheidungen hat keine andere Bedeutung als die, daß die Parteien, deren Anwälte oder die Gerichte die von ihnen bezogenen Entscheidungen für richtig und ihrer Ueberzeugung entsprechend halten, daher den concreten neuen Fall so wie jene älteren Fälle entschieden wissen wollen bezw. entscheiden.

2. Die Wissenschaft — im Gegensatze zur Rechtssprechung, zur Praxis auch Theorie genannt — lehrt und erläutert, sichert und ergänzt das bestehende Recht. Sie schreitet demselben aber sogar voran, indem sie bei der Kritik des bestehenden Rechtes dessen Schwächen und Lücken aufdeckt und so neue Rechtssätze findet, und indem sie endlich dem an neuen Verhältnissen und Erscheinungen niemals erschöpften Leben Rechnung zu tragen sucht. Jedoch diese Sätze und Principien haben nie Gesetzeskraft in sich, aber sie können thatsächlich Recht werden, wenn sie durch Gesetze oder Gewohnheit bestätigt werden.

3) Inwieweit endlich den Protokollen der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches eine mittelbare Bedeutung als Interpretationshilfsmittel innewohnt, wurde bereits oben (S. 21, 22) besprochen.

---

3) Protokolle S. 885, 13.
4) Herzog, Das östr. H. R. §. 5.
1) Endemann in dem von ihm herausg. Handb. I. §. 11, vgl. Thöl, H. R. I. §§. 14, 15; Goldschmidt, Handb. des H. R. I. §. 34.

§. 12.

VI. Anwendung des Handelsrechts nach örtlichen und zeitlichen Grenzen.[1])

I. So sehr sich auch das Streben geltend macht, dem Handelsrecht eine möglichst internationale Bedeutung zu geben, so hat dasselbe doch seine nationalen Eigenthümlichkeiten in den verschiedenen Staaten nicht abgestreift; nach wie vor bestehen örtliche Verschiedenheiten im Handelsrechte verschiedener Staatsgebiete oder sogar einzelner Theile desselben Staates. So haben auch die Sätze des Handelsrechtes wie jene des bürgerlichen Rechtes ein bestimmtes terriotoriales Geltungsgebiet. Da aber das Handelsgesetzbuch keine diesbezüglichen Bestimmungen enthält, gelten hier die einschlägigen Normen des bürgerlichen Rechtes. (§§. 4, 33 bis incl. 38 a. b. G. B.)[2])

1) Soweit diese Normen hier in Betracht kommen, ist vorerst bezüglich der persönlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit und deren Einschränkung (also insbesondere bezüglich der Voraussetzungen des Handelsbetriebes, der kaufmännischen Rechte und Pflichten ꝛc.) ein Oesterreicher immer und überall nach österreichischem Rechte zu beurtheilen, sofern die in Betracht kommenden Handlungen und Geschäfte in Oesterreich rechtliche Folgen haben sollen (§. 4 a. b. G. B.), während der Ausländer mit Ausnahme des unbefugten Auswanderers, welcher in Betreff der Beschränkung seiner Rechtsfähigkeit immer dem österreichischen Gesetze unterworfen ist, in dieser Richtung immer nach den Gesetzen seines Domicils bezw. in Ermangelung eines solcheu nach jenen seines Geburtsortes zu beurtheilen ist (§. 34), ausgenommen rücksichtlich solcher ausländischer Rechtsinstitute, die in Oesterreich nicht anerkannt sind, z. B. des bürgerlichen Todes nach französischem Rechte (Art. 22 u. ff. cod. civ., Ges. v. 31. Mai 1854).

2. In Ansehung des Sachenrechtes ist nach österreichischem Recht (§. 300 a. b. G. B.) zwischen Mobilien und Immobilien zu unterscheiden. Bei letzteren gilt die lex rei sitae, insoweit es sich um die dinglichen Rechte selbst, um deren Erwerb und Verlust handelt, nicht aber um die persönliche Erwerbs- oder Veräußerungsfähigkeit, die unter die Regel

---

1) Zur Literatur ist besonders hervorzuheben Goldschmidt Hdb. I. §. 38 und die dort gegebenen reichhaltigen Literaturangaben; Endemann i. Handb. I. §. 21 und die von ihm verzeichnete Literatur; Stobbe, Handb. d. deutschen Privatr. I. (2. Aufl.) §. 27 u. v. Stubenrauch Oestr. Hand. R. (1863) §. 10.

2) Vgl. hierüber Unger, System des öst. Privatrechtes I, §§. 20 bis einschl. 23; v. Stubenrauch, Comm. z. östr. a. b. G. B. (4. Aufl. besorgt von Schuster u. Schreiber) zu §§. 4 u. 5 u. ad §§. 33 bis 37 a. b. G. B.; Schiffner, System des östr. allgem. Civilr. I. §§. 21, 22, 23; Burckhard, System des östr. Privatr. II. §§. 73 u. 74, woselbst sich reiche Literaturangaben finden; Krainz, System des östr. allg. Privatr., aus dessen Nachlaß herausg. u. redigirt v. Pfaff; I. §§. 19 bis einschl. 22, Ungermann in der allg. östr. G. Ztg. Nr. 85, 86, 87, 93, 94, 95 v. 1858 und die oberstg. Entscheidungen in der Sammlung von Entscheidungen zum H. G. B. von Adler-Clemens I. Nr. 30, II. Nr. 137, 200, 224, 247.

sub 1 fällt. Die dinglichen Rechte an Mobilien hingegen fallen nach östr. Recht unter den Wirkungskreis des Gesetzes am Wohnorte des dinglich Berechtigten. Ueber die Vorfrage, ob eine Sache als beweglich oder unbeweglich, als verkehrs- und erwerbsfähig, als herrenlos anzusehen ist, sowie über den Besitz als thatsächliches Verhältniß entscheidet die lex rei sitae.

3) Bei Obligationenrechten gilt österreichischrechtlich im Allgemeinen der Satz: locus regit actum; es entscheidet in der Regel das Recht des Ortes, wo das Rechtsgeschäft zu Stande kommt, die Handlung vollzogen wird, über Form, Inhalt, Wirkungen des Rechtsgeschäftes, außer es wäre von den Parteien ausdrücklich ein anderes Recht prorogirt (§. 36 a. b. G. B.)[3]), oder es wäre der Ort des Vertragsabschlusses ein indifferenter (z.B. beim Vertragsabschluß während einer Eisenbahnfahrt), wo dann das Recht des Erfüllungsortes entscheidet, oder es wäre ein den im Inland contrahirenden Ausländer einseitig verpflichtender Vertrag, in welchem Falle jenes Recht gilt, welches die Giltigkeit des Geschäftes am meisten begünstigt (§. 35). Von Inländern im Auslande abgeschlossene Verträge werden, wenn sie in Oesterreich Giltigkeit haben sollen, im Zweifel nach österreichischem Rechte beurtheilt.[4]) Keinesfalls kann ein Geschäft in Oesterreich Rechtswirkungen haben, das nach österreichischem Rechte unerlaubt wäre.[5]) Kommt das Geschäft im Correspondenzwege (durch Boten, Briefe, Telegramme) zu Stande, so gilt jener Ort als Ort des Vertragsabschlusses, wo von dem Empfänger eines Antrages die dem Offerenten zustimmende Antwort ertheilt wird.[6])

II. Auch über seine zeitliche Anwendung[7]) hat das Handelsgesetzbuch keine eigenen Normen, es ist also auch hier auf die einschlägigen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes zurückzugreifen. Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch[8]) stellt im §. 5 den Grundsatz der Nichtrückwirkung neuer Gesetze auf unter dem alten Gesetze entstandene Rechtsverhältnisse auf[9]), nur darf es sich nicht etwa um bloße Möglichkeiten, Erwartungen oder Hoffnungen handeln. Die Rückwirkung kann aber in einem Gesetze ausdrücklich ausgesprochen werden oder aus Rücksichten für die Förderung des öffentlichen Wohles oder aus ethischen Zwecken eintreten. Allerdings gibt das Einführungsgesetz zum H. G. B.

---

3) Es kann hier nur die Wahl sein zwischen dem Rechte des Entstehungs- und des Erfüllungsortes der Obligation, eine unbeschränkte Wahl irgend eines Rechtes kann den Parteien nach österreichischem Recht nicht zugestanden werden. (Unger, System I. §. 23 Note 92); nicht genau v. Stubenrauch Comm. zum a. b. G. B. I. S. 93 und Handb. des H. R. §. 10 S. 36.

4) Unger, System I. §. 23 S. 184.

5) v. Stubenrauch Hand. R. §. 10 S. 37.

6) Unger a. a. O. I. §. 23 Note 81.

7) Ausführliches über die Lehre der zeitlichen Anwendung des Rechtes überhaupt bietet Lassalle, Das System der erworbenen Rechte. (2. Aufl. besorgt v. Bucher 1880), insbes. I. S. 1—306.

8) Vgl. für das östr. Recht außer der oben in Note 1 citirten Literatur auch noch Pfaff-Hofmann, Comm. z. a. b. G. B. I. zu §. 5 des Ges. (S. 156 u. ff.).

9) Siehe hiezu Adler-Clemens, Entsch. I. Nr. 6.

Uebergangsbestimmungen (§. 49 u. ff.)[10]), allein diese sind nicht erschöpfend. Sätzen mit formellem Inhalte war sofort bei dem Beginne der Wirksamkeit des Handelsgesetzbuches möglichste Anwendung auch auf bestehende Rechtsverhältnisse zu geben[11]), materiellrechtliche Normen jedoch unterliegen den obigen civilrechtlichen Normen.[12]) Für den Beginn der Wirksamkeit des Handelsgesetzbuches bestimmt das Einführungsgesetz den 1. Juli 1863. Sonst, wenn in Gesetzen kein Anfangstermin für dessen Wirksamkeit bestimmt ist, gilt in Oesterreich bei Reichsgesetzen eine vacatio legis von 45 Tagen (§. 6 des Ges. v. 10. Juni 1869, Nr. 113 R. G. Bl.), bei Landesgesetzen von 15 Tagen. Die Dauer eines Gesetzes — also auch handelsrechtlicher Gesetze — währt, falls das Gesetz selbst nichts Anderes bestimmt, oder sich aus demselben nichts Anderes ergibt, bis zu dessen Aufhebung oder Aenderung (§. 9 a. b. G. B.).

§. 13.

VII. Persönliche und sachliche Anwendbarkeit des Handelsrechtes.

(Handelsgeschäfte, Handelssachen.)

1. Allgemeines.

In engem Zusammenhange mit Begriff und Umfang des Handels (s. ob. §§. 1 u. 2) und des Handelsrechtes (s. §. 3) und mit dem Inhalte des Handelsgesetzbuches (§. 7) steht noch die Frage, für welche Personen und auf welche Thatbestände das Handelsrecht und das Handelsgesetzbuch anwendbar ist.

I. So lange das Handelsrecht noch als ein Standesrecht des Kaufmannstandes angesehen wurde, hing dessen Anwendbarkeit von der Kaufmannsqualität des betreffenden Subjectes ab; nur, was einen Kaufmann als Kaufmann betraf, konnte Gegenstand des Handelsrechtes sein. Dies ist das subjective System im Gegensatze zu dem objectiven System, das es vom Wesen des einzelnen Geschäftes abhängig macht, ob dasselbe Gegenstand des Handelsrechtes sei. Durch die Verbindung beider Momente des subjectiven und des objectiven Systems entsteht das gemischte System. Dieses letztere hat sich auch das Handelsgesetzbuch angeeignet, indem es einerseits in Art. 271[1]) vier Geschäfte aufstellt, die schon an sich vereinzelt unternommen ohne Rücksicht darauf, ob die Contrahenten Kaufleute sind, Handelsgeschäfte sind (absolute, objective Handelsgeschäfte) wie Anschaffung zur Weiterveräußerung beweglicher Sachen, Übernahme einer Lieferung solcher Sachen, Übernahme einer Versicherung gegen Prämie, Übernahme der Beförderung von Gütern und Reisenden zur See und das Darlehen gegen Verordnung[2]), und andererseits in Artikel 272[3]) fünf

10) Eine ausführliche und detaillirte Darstellung der Uebergangsbestimmungen aller Einführungsgesetze findet sich bei Goldschmidt Hdb. I. §. 39 Zusätze 1 bis 10 auf Seite 392 u. ff.

11) Adler-Clemens, Entsch. I. No. 13, 17, 55; III. No. 175.

12) Adler-Clemens II. Nr. 135.

1) Vgl. Ungar. H. G. B. §. 258, bosn.-herzeg. §. 282. Näheres und Abweichungen v. öftr. H. R. s. III. Buch.

2) Ebenso Börsengeschäfte nach Gesetz vom 1. April 1875 Nr. 67 R. G. Bl. §§. 12 und 14. Näheres über die einzelnen Handelsgeschäfte im III. Buche.

3) Vgl. Ungar. H. G. B. §. 259, bosn.-herz. §. 283. Näheres u. Abweichungen v. öftr. H. R. s. III. Buch.

Geschäfte anführt, die nur dann Handelsgeschäfte sind, wenn sie gewerbsmäßig betrieben werden oder von einem Kaufmanne im Betriebe seines auf andere Geschäfte gerichteten Gewerbes geschlossen werden (relative, subjective Handelsgeschäfte), wie die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, die Bankier- und Geldwechslergeschäfte, die Geschäfte des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers, sowie der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten, Vermittelung und Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen, die Geschäfte des Buch- und Kunsthandels und der Druckereien.[4]) Demselben Principe entsprechend finden auch einerseits die Normen des Handelsgesetzbuches auf Kaufleute oder Handelsgesellschaften als solche Anwendung (persönliches, subjectives Moment), andererseits aber bestimmt sich hier wiederum die Qualität eines Geschäftes als Handelsgeschäft durch die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe, sowie die Anwendbarkeit der Handelsgesetzbuches auf irgend einen Thatbestand durch seine Zugehörigkeit zum Handel überhaupt (objectives, sachliches Moment).

II. Der Handel setzt sich aus einer Reihe von Handlungen, Geschäften und Verhältnissen zusammen, in welcher er äußerlich und sichtbar zum Ausdruck kommt. Diese Thatbestände bestimmen, soweit sie überhaupt rechtlich in Betracht kommen können, Inhalt und Umfang des Handelsrechtes, sowohl des ungeschriebenen als geschriebenen, und werden als Handelssachen bezeichnet.[5]) Aber nicht für alle rechtlichen Thatbestände des Handels enthält das Handelsgesetzbuch oder das Handelsgewohnheitsrecht Bestimmungen, sondern es gibt dem Handel angehörige Thatbestände, welche ihre Regelung nur im allgemeinen bürgerlichen Rechte finden. Aber auch diese letzteren sind Handelssachen. Wie daher die Handelssachen den Inhalt des Handelsrechtes bestimmen, so ist der Begriff der Handelssachen wesentlich und inhaltlich von dem seinem Inhalte und Umfange nach veränderlichen Begriffe des Handels abhängig. Es ist sohin nicht möglich, in einem Gesetze eine erschöpfende Aufzählung der Handelssachen zu geben; diese kann immer nur exemplificativ sein. Demgemäß mied es auch das Handelsgesetzbuch[6]) eine Definition oder Aufzählung der Handelssachen zu geben.[7]) Nichtsdestoweniger versuchten dann einzelne Einführungsgesetze eine Aufzählung von Handelssachen zu geben u. z. theilweise auch zu dem Zwecke, um hiemit zugleich auch die Frage der Competenz der Handelsgerichte zu erledigen, im letzteren Sinne auch das östr. Einführungsgesetz zum H. G. B. vom

---

4) Ebenso Lagerhausgeschäfte nach §. 6 des Ges. v. 28. April 1889 Nr. 64 R. G. Bl. — Die einzelnen Geschäfte s. im III. Buche.

5) v. Hahn, Comm. I. §. 2 ad Art. 1.

6) Ebenso das ungar. u. bosn.-herzeg. H. G. B. Anders code de commerce Art. 631—635 (processuale Handelssachen).

7) Vgl. hiezu §. 101 des deutschen Ger. Verf. Ges. vom 27. Jänner 1877, R. G. Bl. 1877, S. 41 ff. In gleicher Weise haben neuere deutsche Reichsgesetze gewisse Rechtsstreitigkeiten für Handelssachen erklärt, so das frühere Markenschutzges. v. 30. Nov. 1874, §. 19, das Reichsges. betr. Urheberrecht an Mustern u. Modellen §. 15, das Reichs-Bankges. §. 50.

17. Dec. 1862, Nr. 1 R. G. Bl. f. 1863, in §§. 38 bis incl. 43.[8]) Je nachdem nun die Aufstellung des Begriffes der Handelssachen bezw. deren Aufzählung vom Standpunkte des materiellen Rechtes oder der Gerichtscompetenz aus geschieht, unterscheidet man zwischen materiellen und formellen (processualen) Handelssachen, ohne daß aber diese beiden Arten von Handelssachen sich als Gegensätze gegenüber stehen. Sie stellen vielmehr größtentheils dasselbe dar, nur von verschiedenen Gesichtspunkten aus.

§. 14.

2. Handelsgerichtsbarkeit.[1])

I. Derselbe Weg, auf welchem man zu einem speciellen Rechte in Handelssachen gelangt war, führte auch zu einer eigenen Handelsgerichtsbarkeit. Wie das Handelsrecht selbst ursprünglich als ein Standesrecht entstanden war, so waren auch die ersten Handelsgerichte Standesgerichte, Gerichte für bestimmte in sich abgeschlossene Corporationen, Gildengerichte. Ihrer Bedeutung und ihrem Wesen nach könnte man sie fast als kaufmännische Schiedsgerichte bezeichnen, deren Aufgabe es war, nicht nur die Privilegien und Sonderrechte des Kaufmannsstandes, der Gilden und Innungen zu wahren und zu schützen, sondern auch Streitigkeiten unter den Genossen der Gilde oder Innung zu schlichten. So war der Gerichtsstand in Handelssachen ursprünglich nicht als eine reine Causalgerichtsbarkeit, sondern vielmehr als ein persönlicher Gerichtsstand der Mitglieder der Gilde in Angelegenheiten der Gilde, des Handels- und Gewerbebetriebes entstanden. Auch die Reception des römischen und canonischen Rechtes hinderte nicht, sondern förderte vielmehr sowohl die Entwickelung eines selbständigen Handelsrechtes als auch einer diesbezüglichen Gerichtsinstanz mit eigenartigem Verfahren. Denn der Kaufmannsstand, welcher wie das Volk überhaupt den beiden sog. fremden Rechten mit größtem Mißtrauen begegnete, fürchtete nicht nur die strengeren Formen des canonischen und römischen Rechtes selbst, sondern auch insbesondere den Formalismus des damaligen Civilprocesses mit seinem schriftlichen geheimen Verfahren und seinen schwerfälligen Beweismitteln wie lähmende Fesseln des Verkehres und des Handels, wie eine Gefahr für seine Interessen, welche eine den eigenartigen Verhältnissen des Handels und Verkehres Rechnung tragende und schnelle Rechtssprechung erheischten. Und wie endlich die Fortentwicklung des Civilrechtes überhaupt, das nach und nach einzelne Sätze

8) Protokolle S. 10 u. ff., 884 u. ff., 5058 u. ff. — Siehe auch unten §. 14 S. 32 ff.

1) Goldschmidt, Universalgesch. des H. R. I. S. 165 ff. in Zeitschr. f. H. R. VIII. S. 221 ff.; Kompe ibid. IX. S. 75 ff.; Keyßner ibid. XXV. S. 449 ff.; v. Sommaruga, Ueber die Errichtung von Handelsgerichten in Oesterreich (1849); Silberschmidt, Die Entstehung des deutschen Handelsgerichtes (1894); (Zur Geschichte des Handelsgerichtes in Oesterreich insbes. §§. 24, 25, 26, 36). — Art. 3 H. G. B.; §§. 38—43 Einf. Ges., §§. 57 bis 59 Civ. Jurisd. Norm; §§. 1—3 des Ges. v. 27. April 1873, Nr. 66 R. G. Bl.; allg. G. O. §§. 12, 251, 300; Ger. Instruction §. 12; Deutsches Ger. Verf. Ges. §§. 100 ff.; Einf. Ges. z. D. C. Pr. O. §§. 3, 13, 14, 15 Z. 2.

des Handelsrechtes sich zu eigen machte, doch die weitere Ausbildung eines selbständigen vom Verkehre und seinen Bedürfnissen getragenen Handelsrechtes nicht zu hemmen vermochte (s. oben §. 4.), so erlosch auch das Streben des Handelsstandes nach eigener Gerichtsbarkeit nicht mit der Fortentwickelung und Codification des bürgerlichen Rechtes und des gerichtlichen Verfahrens in Civilrechtsstreiten in den einzelnen deutschen Staaten, insbesondere in Preußen und Oesterreich. Mercantil-, Meß-, Markt-, Börsengerichte blieben aufrecht oder wurden durch andere dem Handel und Verkehre Rechnung tragende Gerichtsformen ersetzt. Aber diese Specialgerichte in Handelssachen waren nicht in allen deutschen Bundesstaaten überall gleichmäßig eingerichtet und entsprachen auch nicht überall den Wünschen und Bedürfnissen der Kaufleute.

II. In Oesterreich waren auch vor Erlaß der allgemeinen Gerichtsordnung (1782) die Mercantil- und Wechselgerichte nicht kaufmännische Gerichte in dem Sinne, daß sie nur aus Kaufleuten zusammengesetzt waren, sondern es war den Berufsrichtern nur ein Mercantilbeisitzer beigegeben. Mit Kaiserl. Patente vom 9. April 1782, Nr. 41 J. G. S., waren nun die Bestimmungen der allg. Gerichtsordnung mit einigen Änderungen vom 1. Mai 1782 an auch auf die Mercantilbehörden und -gerichte ausgedehnt worden, aber auch hienach (§. 12 a. G. O.) urtheilten in den Handelsgerichten oder den mit Handelsgerichtsbarkeit betrauten Handelssenaten der Gerichtshöfe I. Instanz rechtsgelehrte Richter mit je einem Beisitzer aus dem Handelsstande. Später (1848) wurden seitens der österreichischen Regierung die umfassendsten Erhebungen rücksichtlich der Frage nach der Erspießlichkeit der Errichtung von Handelsgerichten eingeleitet. Insbesondere war der k. k. nö. Landrath Franz Freiherr von Sommaruga seitens des k. k. Justizministeriums am 22. December 1848 aufgefordert worden, die Einrichtung der rheinländischen und hanseatischen Handelsgerichte an Ort und Stelle zu prüfen und das Resultat seiner in dieser Beziehung gemachten Wahrnehmungen sammt einem Vorschlage in Betreff der Einrichtung von Handelsgerichten in Oesterreich und des für dieselben einzuführenden besonderen Verfahrens dem k. k. Justizministerium vorzulegen. Die von Sommaruga im Juni 1849 dem Justizminister überreichte diesbezügliche Denkschrift spricht sich für die Errichtung besonderer Handelsgerichte aus, in deren Senaten Kaufleute urtheilen, ein rechtskundiger Richter vorsitzen und je ein Justizrath berathende Stimme haben sollte. Dieser Vorschlag drang jedoch nicht durch, sondern auch die Handelsgerichte der Civil-Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852 (Nr. 251 R. G. Bl.) bestehen ähnlich den früheren Mercantilgerichten lediglich aus rechtskundigen Richtern mit Beisitzern aus dem Handelsstande. Diese kaufmännischen Beisitzer bei den Handelsgerichten und den Handelssenaten der Gerichtshöfe I. Instanz werden nach §. 12 der Gerichtsinstruction (Kais. Pat. v. 3. Mai 1883, Nr. 81 R. G. Bl.) und nach Ministerialverordnung vom 2. December 1864, Nr. 89 R. G. Bl., durch die Handels- und Gewerbekammer des Bezirkes durch gemeinsamen Beschluß der

Handels- und Gewerbesection in Vorschlag gebracht und auf Grund eines im Wege des Oberlandsgerichtes über diesen Vorschlag vorgelegten Gutachtens des Gerichtshofes, bei welchem die Besetzung stattzufinden hat, für drei Jahre, nach deren Ablauf sie wieder gewählt werden können, durch den Justizminister im Einvernehmen mit dem Handelsministerium ernannt. Hiezu können aber nur Kaufleute oder persönlich haftende Gesellschafter einer Handelsgesellschaft in Vorschlag gebracht werden, welche am Sitze ihres Gerichtshofes, dem sie zur Dienstleistung zugewiesen werden sollen, ihren Wohnsitz haben und deren Einzeln- oder gesellschaftliche Firma in das Handelsregister eben dieses Gerichtshofes eingetragen ist. Auch müssen die Vorzuschlagenden die Erfordernisse zur Wählbarkeit als Mitglieder oder Ersatzmänner bei der Handels- und Gewerbekammer besitzen[2]), und es darf zwischen ihnen und den Beamten des Gerichtshofes weder Blutsverwandtschaft in auf- oder absteigender Linie, noch Seitenverwandtschaft bis einschließlich auf den Oheim und Neffen, noch eine Schwägerschaft bis zu demselben Grade bestehen. (Punkt II. der Min. V. O. vom 2. December 1864, Nr. 89 R. G. Bl., und §. 17 der Gerichtsinstruction.) Die Zahl der Vorzuschlagenden muß die Zahl der zu besetzenden Posten um zwei übersteigen, damit eine Auswahl für die Ernennung vorhanden ist, nicht aber behufs Ernennung von Stellvertretern, welches Institut durch die cit. Min. V. O. abgeschafft worden war. Die Anzahl der Beisitzer aus dem Handelsstande bei jedem Handelsgerichte bezw. Handelssenate wird vom Justizministerium im Einvernehmen mit dem Handelsministerium nach dem Bedürfnisse des Dienstes bestimmt.

Der Handelsgerichtsbarkeit sind nach §§. 38 u. 39 des österreich. Einf. Ges. zum a. d. H. G. B. unter Aufhebung der entgegenstehenden Bestimmungen des §. 57 P. 2 u. ff. der Civil-Jurisdictionsnorm zugewiesen:

---

2) Als wirkliche Mitglieder der Handels- und Gewerbekammern können jene Mitglieder des Handels- und Gewerbestandes gewählt werden, welche österreichische Staatsbürger sind, das 30. Lebensjahr zurückgelegt haben, seit mindestens 3 Jahren die Erfordernisse für das active Wahlrecht besitzen und ihren regelmäßigen Wohnsitz im Bezirke der Kammer haben. Das active Wahlrecht setzt den Vollgenuß der bürgerlichen Rechte, Betrieb oder Leitung eines Gewerbes oder Unternehmens, einen bestimmten Steuersatz voraus. Für Triest bestehen Sonderbestimmungen, wonach u. A. auch Ausländer (aber nur bis zu einem Drittel der gesammten Mitgliederzahl) wirkliche Mitglieder werden können. (§. 7 des Ges. über die Organisation der Handels- und Gewerbekammern v. 29. Juni 1868, Nr. 85 R. G. Bl.) Ausgeschlossen vom act. u. pass. Wahlrechte sind nach eben dieser Gesetzesbestimmung die vom act. u. pass. Wahlrechte in der Gemeinde Ausgeschlossenen, sohin Personen, die wegen eines Verbrechens in Untersuchung gezogen wurden, solange diese dauert, oder die wegen eines Verbrechens schuldig erkannt sind, sowie endlich Personen, welche der Uebertretung des Diebstahls, Betrugs, Veruntreuung (§§. 460, 461, 464 Str. G.) oder der Theilnahme an einer dieser Uebertretungen schuldig erkannt sind. (Art. IX. des Gemeindeges.) Kaufleute, welche in Concurs verfallen sind, können nicht zu Mitgliedern einer Handelskammer gewählt werden, insolange sie nicht die Wiederbefähigung erlangt haben. Dazu bedarf es des Nachweises, daß auch der Ausfall gedeckt ist, auf dessen Ersatz die Concursgläubiger kraft des Ausgleiches das Recht verlieren. (§§. 246, 253 Conc. O.)

1. Streitigkeiten aus absoluten Handelsgeschäften des Art. 271 ohne Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft der Streittheile, wenn das Geschäft auf Seite des Geklagten Handelsgeschäft ist;

2. Streitigkeiten aus relativen und connexen Handelsgeschäften, wenn der geklagte Theil eine Handelsgesellschaft oder eine protokollirte Firma ist, wenn sie auch nur auf Seite eines Contrahenten Handelsgeschäfte sind;

3. Streitigkeiten aus der Veräußerung eines bestehenden Handelsgewerbes zwischen den Contrahenten.

4. Streitigkeiten aus dem Firmenrechte, insbesondere wegen widerrechtlichen Gebrauches einer Firma zwischen den beeinträchtigten und dem unbefugten Führer der Firma;

5. Streitigkeiten aus den Berufsgeschäften der Handelsmäkler, Wäger, Messer und anderer Personen, welche zur Vornahme und Bestätigung ähnlicher Verrichtungen im Handelsverkehre bestellt sind, zwischen diesen u. den Parteien;

6. Streitigkeiten aus den Rechtsverhältnissen der Kaufleute mit ihren Procuristen, Handlungsbevollmächtigten, Handlungsgehilfen und andern im Gewerbe angestellten, nicht bloß Gesindedienste verrichtenden Personen, sowie aus den Rechtsverhältnissen dieser Personen zu Dritten, welchen sie sich im Gewerbe des Prinzipals verpflichtet haben. (Art. 55, 59 H. G. B.);

7. Streitigkeiten aus Rechtsverhältnissen der Handelsgesellschafter untereinander, der Vorsteher und Liquidatoren der Gesellschaft zu einander und zu den Gesellschaftern, der stillen Gesellschafter zu dem Inhaber des Handelsgewerbes, der Theilnehmer an einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung oder an einer Vereinigung zum Handelsbetriebe (Art. 10 H. G. B.) untereinander, u. z. in allen diesen Fällen sowohl während des Bestandes als nach Auflösung des gesellschaftlichen Verhältnisses;

8. nach §§. 12 und 14 des Ges. vom 1. April 1875, Nr. 67 R. G. Bl. Streitigkeiten aus Börsengeschäften;

9. außerdem nach §. 3 des Ges. vom 5. März 1869, Nr. 27 R. G. Bl., betr. die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für Körperverletzungen und Tödtungen, auch Klagen auf Ersatzleistung wegen körperlicher Verletzungen oder Tödtungen von Menschen durch Ereignungen auf Eisenbahnen. Diese Klagen können sich jedoch nur auf nach der Wirksamkeit dieses Gesetzes eingetretene Ereignungen beziehen;

10. endlich nach §. 42 des cit. Einf. Ges. Der kaufmännische Concurs d. i. der Concurs über das Vermögen einer Handelsgesellschaft oder eines im Handelsregister protokollirten Kaufmannes.

Als competent erscheint im Allgemeinen u. z. nach Wahl des Klägers jenes Handelsgericht oder jener zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit berufene Gerichtshof I. Instanz, in dessen Sprengel der Beklagte seinen Wohnsitz hat, oder wo dessen Firma protokollirt ist, oder in dessen Bezirk seine Handelsniederlassung sich befindet. Doch gelten auch hier die in der Civil-Jurisdictionsnorm (§§. 31 u. ff.) in Personalstreitsachen für gewisse Fälle (wie Amortisirung, Widerklage u. s. w.) vorgesehenen besonderen Gerichtsstände.

Zur Entscheidung der oben erwähnten Klagen auf Ersatzleistungen wegen Körperbeschädigungen und Tödtungen gegen Eisenbahnunternehmungen ist jenes Handelsgericht oder jener Handelsgerichtssenat competent, in dessen Sprengel die geklagte Unternehmung ihren Sitz hat oder die Ereignung eingetreten ist.

Der kaufmännische Concurs endlich ist bei jenem Handelsgerichte bezw. jenem zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmten Gerichtshofe zu eröffnen und zu verhandeln, in dessen Sprengel die Handelsgesellschaft ihren Sitz, der Einzelkaufmann seinen Wohnsitz hat. (§. 193 Conc. Odg. vom 25. December 1868, Nr. 1 R. G. Bl. v. 1869).

Besondere Handelsgerichte waren eingerichtet worden in Wien, Triest, Venedig, Prag und Lemberg, und bestehen gegenwärtig noch in Wien, Triest, Prag; sonst aber wird die Handelsgerichtsbarkeit von den gewöhnlichen Gerichtshöfen I. Instanz (Landes-, Kreisgericht) ausgeübt und es sind bei diesen eigene Senate für Handelssachen einzurichten. An Orten, wo sich kein Handelsgericht und kein zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmter Gerichtshof I. Instanz befindet, können die dahin gehörigen Streitigkeiten mit Ausnahme jener aus Wechselgeschäften (§. 57 Civ. Jurisdictn. Nr. 1, lit. c.) und jener aus Eisenbahnunfällen, welche immer dem Gerichtshof I. Instanz vorbehalten sind, auch bei dem zuständigen gewöhnlichen Gerichte eingebracht werden. (§. 59 Civ.-Jurisdictn.)

Rücksichtlich der Zusammensetzung der Handelsgerichte oder der Handelssenate bestimmt §. 150 der Ger. Instr., daß alle Gegenstände, welche nicht nach §§. 147, 148 und 149[3]) der Ger. Instr. einer größeren

---

3) Nach §. 147 Ger. Instr. sind bei den Gerichtshöfen erster Instanz in voller Rathsversammlung oder, wenn die Geschäfte in getrennten Senaten besorgt werden, wenigstens in der Versammlung aller dem Senate, in dessen Geschäftskreis der Gegenstand einschlägt, zugewiesenen Richter vorzutragen: „Erlässe und Verordnungen höherer Behörden, Bemerkungen, welche von den höheren Gerichten bei Entscheidung einzelner Rechtsangelegenheiten erlassen werden, und für künftige Fälle zur Richtschnur zu dienen haben, und Mittheilungen anderer Behörden über bestehende Einrichtungen oder administrative Verfügungen.

Erscheint es bei Gegenständen dieser Art von minderer Wichtigkeit, sie in voller Rathsversammlung vorzutragen, so muß doch dafür gesorgt werden, daß sie nach dem Vortrage in der gewöhnlichen Versammlung auf andere Weise zur Kenntniß aller Rathsmitglieder gelangen."

Nach §. 148 leg. cit. sind vor einem Zehn-Richtercollegium unter Vorsitz des Gerichtspräsidenten bezw. bei Gerichten mit nur 10 oder weniger Richtern in voller Rathsversammlung vorzutragen:

„a) die Erstattung von Gutachten oder Anträgen in Gesetzgebungssachen und Verfügungen des Gerichtes zur Durchführung oder Anwendung gesetzlicher oder administrativer Vorschriften;

b) die Bewilligung zur Erfolglassung eines Depositums, zur Veräußerung des unbeweglichen Gutes eines Minderjährigen oder Pflegebefohlenen, zur Veräußerung oder Verschuldung eines Fideicommisses."

Die sub b bezeichneten Gegenstände können nach Min. Erl. v. 3. Juli 1855, Z. 13138, beim Wiener Landesgerichte vor einem Vier-Richtercollegium und einem Vorsitzenden zum Vortrage gelangen, wobei es Letzterem obliegt, bei Meinungsverschiedenheiten oder sonstigen Bedenken die Sache an die gesetzliche größere Versammlung zu weisen.

Nach §. 149 endlich sind in einer Versammlung von 4 Richtern und einem Vorsitzenden in Berathung zu ziehen:

a) Streitigkeiten wegen Scheidung,

Rathsversammlung vorbehalten sind, in Gegenwart von 2 Räthen und einem Vorsitzenden berathen werden können, mögen dies Geschäfte in oder außer Streitsachen sein oder auch in den politisch-administrativen Wirkungskreis dieser Behörden fallen. Außerdem müssen nach eben dieser Gesetzesbestimmung allen nicht bloß die Leitung des Verfahrens betreffenden Berathungen der Senate des Handelsgerichtes bezw. der Handelssenate der mit der Gerichtsbarkeit in Handelssachen betrauten Gerichtshöfe I. Instanz außer der festgesetzten Zahl der rechtsgelehrten Richter ein, und wenn thunlich zwei Beisitzer aus dem Handelsstande beiwohnen.

Das Verfahren bei den Handelsgerichten oder den Handelssenaten ist im Allgemeinen wie oben bereits erwähnt wurde, das sonst für die Gerichte I. Instanz von der allg. Ger. Odg. vorgeschriebene.[4]) Doch können nach §§. 4 und 5 des bereits bezogenen Kais. Patentes vom 9. April 1782, Nr. 41 J. G. S., wie nach §. 578 der westgaliz. Ger. O. (§. 574 tirol. Ger. O.) in Mercantil- und Handlungsgeschäften aus wichtigen Ursachen zur Erstattung der Satzschriften kürzere Fristen bestimmt und kann eine Fristverlängerung ohne wichtige Ursachen überhaupt nicht bewilligt werden. Während nach §. 251 der allg. G. O. und §. 328 der westgal. G. O. (§. 327 tirol., 318 ital. G. O.) die Urtheilsgründe den Parteien über ihr Ansuchen binnen drei Tagen nach Zustellung des Urtheiles hinauszugeben sind, soll dies nach §. 8 des cit. Pat. binnen 24 Stunden geschehen. Die Frist zur Zahlung einer Mercantil-, Handlungs- oder Wechselschuld wird abweichend von §. 300 allg. G. O.[5]), in Uebereinstimmung mit §. 584 der westgal. G. O. (§. 584 tirol. G. O.) durch §. 10 des cit. Pat. auf drei Tage festgesetzt.

Der gerichtliche Instanzenzug ist in Handelssachen derselbe wie im gewöhnlichen Civilprocesse; nur wird durch §. 9 des cit. Pat. die in

---

Trennung, Ungiltigkeitserklärung einer Ehe, Todeserklärung oder Beweis des wirklich erfolgten Todes des anderen Ehegatten zum Zwecke der Wiederverehelichung des überlebenden Ehegatten;

b) Streitigkeiten wegen Concurseröffnung;

c) Streitigkeiten über alle wichtigeren „nichtstreitigen" Rechtsangelegenheiten, insbes. Verlassenschaftseinantwortung, bezw. deren Bedingungen, Verehelichung eines Minderjährigen, Anlegung des Pupillar- und Curatelvermögens, Genehmigung anderer im Namen der Mündel oder Pflegebefohlenen geschlossener Verträge, Verhängung oder Aufhebung der Curatel wegen Wahnsinnes, Blödsinnes, Verschwendung; Verlängerung der väterlichen Gewalt oder der Vormundschaft über die Minderjährigkeit hinaus, Ertheilung der Altersnachsicht.

Außerdem ist es auch sonst dem Ermessen des Vorsitzenden überlassen, aus wichtigen Gründen bei Berathung einzelner Geschäfte, insbes. schriftlicher Processe, wenn in der Hauptsache ein Erkenntniß geschöpft werden soll, welches nach dem Gesetze vor einem Zwei-Richtercollegium und einem Vorsitzenden vorgetragen werden könne, eine größere Anzahl von Richtern heranzuziehen.

4) Siehe Beschl. des Obst. Ger. Hofes v. 19. Nov. 1872, Z. 11853, Spruchrep. Nr. 30.

5) Nach §. 300 Allg. G. O. ist die Bestimmung der Frist für die Erfüllung der eingeklagten Verpflichtung in erster Linie der Parteienvereinbarung überlassen, sonst aber auf 14 Tage festgesetzt, die zwei Fälle ausgenommen, wenn Jemand eine Handlung zu unterlassen oder eine Arbeit zu verrichten schuldig ist; im ersteren Falle ist gar keine Frist zu geben, im letzteren Falle entscheidet das richterliche Ermessen über die Länge der zu gewährenden Frist.

der allg. G. O. auf 14 Tage bestimmte Frist zur Anmeldung bezw. Ueberreichung der Appellation, Revision oder Nichtigkeitsbeschwerde von 14 auf 8, durch §. 583 der westgal. G. O. (§. 580 tirol. G. O.) auf 3 Tage herabgesetzt. Dies gilt nach Hofd. vom 22. Jänner 1839, Nr. 332 R. G. Bl., auch für die Appellations-, Revisions- und Nullitätseinreden.

Wie sich schon frühzeitig im gewöhnlichen Civilverfahren für specielle Rechtsverhältnisse ein Bedürfniß nach einem schnelleren Gerichtsverfahren geltend machte (Summarverfahren, Bestandstreitigkeiten), so war ein solches Bedürfnis umsomehr für das Verfahren in Handelssachen vorhanden. So ward mit Gesetz vom 27. April 1873, Nr. 66 R. G. Bl., ein beschleunigteres Verfahren in geringfügigen Civil- und in Handelssachen eingeführt, das sog. Bagatellverfahren. Gleichwie im Entwurfe einer östr. Civilproceßordnung kommen auch in dem Bagatellverfahren die Grundsätze des modernen Civilproceßrechtes zum Ausdrucke, Mündlichkeit und Oeffentlichkeit sowie freie Beweiswürdigung seitens des Richters und das Parteizeugniß statt des Parteieides als Beweismittel.

Für das Bagatellverfahren in Handelssachen wurden laut V. O. des Justizministers vom 2. Juni 1873, Nr. 101 R. G. Bl., selbständige Handelsbagatellgerichte in Wien, Prag und Triest errichtet. Zu deren Competenz gehörte die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über bestimmte Geldsummen, welche ohne Zinsen und sonstige Nebengebühren den Betrag von 50 fl. nicht übersteigen, oder über andere Gegenstände, wenn der Klageanspruch zu einem alternativen Begehren auf Zuerkennung einer den Betrag von 50 fl. nicht übersteigenden Geldsumme sich eignet oder wenn der Kläger sich in der Klage ausdrücklich erbietet, eine solche Geldsumme als Abfindungsbetrag anzunehmen; aber selbstverständilch muß in allen Fällen der den Streitgegenstand bildende Anspruch auf einem der oben erwähnten Handelsgeschäfte und Handelssachen beruhen.

An Orten, wo kein besonderes Bagatellgericht in Handelssachen besteht, sind die erwähnten Rechtsstreitigkeiten vor den Bezirksgerichten (städtisch-delegirten Bezirksgerichten) als Bagatellgerichte im Bagatellverfahren zu verhandeln. Für die Zuständigkeit gelten hier, abgesehen von der handelsrechtlichen Natur der Forderung, die Regeln der allgemeinen Jurisdictionsnorm.

III. Wenn auch die oben geschilderte Entwickelung einer selbständigen Handelsgerichtsbarkeit, eines eigenartigen Verfahrens in Handelssachen und besonderer zu diesem Zwecke eigenartig zusammengesetzter Gerichte auf vielfachen inneren aus dem Bedürfnisse des Handels und seines Rechtes entspringenden Gründen beruht, so ist doch die Frage nach Errichtung besonderer aus Kaufleuten zusammengesetzter Handelsgerichte oder auch nur der Errichtung von Handelsgerichten mit rechtsgelehrten Richtern und kaufmännischen Beisitzern oder in solcher Weise zusammengesetzter Handelssenate nicht unbestritten. Ja, das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mied eine principielle Entscheidung dieser Frage. Wenn das Handelsgesetzbuch gleich dem preußischen Entwurfe sich zur Bezeichnung der in Handelssachen competenten Gerichte, bei welchen es den Vollzug bestimmter Functionen, z. B. die Führung des Handelsregisters, vorschreibt,

sich des Ausdruckes Handelsgerichte bedient, so sollte dadurch der Frage der Errichtung von Handelsgerichten nicht präjudicirt werden,[6]) wie dies

---

6) Auch der neueste östr. Entwurf einer Jurisdictionsnorm anerkennt das Bedürfniß einer speciellen Handelsgerichtsbarkeit. Nach §. 6 dieses Entwurfes sind an Orten, in welchen sich ein selbständiges Handelsgericht oder Handels- und Seegericht befindet (gegenwärtig Wien, Prag, Triest), besondere Bezirksgerichte für Handels- und Seesachen zu errichten. Es ist jedoch der Justizverwaltung überlassen auch an anderen Orten solche Bezirksgerichte für Handels- und Seesachen zu errichten, wenn es die Bedürfnisse des Handelsverkehres verlangen. Die Regierung ließ sich bei dem Vorschlage von Bezirksgerichten für Handels- und Seesachen von dem Gedanken leiten, daß die ausschließliche Beschäftigung mit Sachen einer bestimmten Kategorie dem Richter hierin eine größere Gewandtheit und genaue Kenntniß der Lebensverhältnisse, in welchen das Recht im einzelnen Falle zu verwirklichen ist, und der thatsächlichen Voraussetzungen, welche bei Beurtheilung der Angemessenheit einer Verfügung ins Gewicht fallen. (Motivenbericht S. 51.) Durch diese Institution der Fachrichter hofft die Regierung die etwaige Differenz zwischen Einzelgerichtsbarkeit und Collegialgerichtsbarkeit auszugleichen. In der Besetzung der Senate der selbständigen Handelsgerichte sowie der Handelssenate der Kreis- oder Landesgerichte tritt insofern eine Aenderung ein, indem dem fachmännischen Beisitzer dieselbe Stellung wie den übrigen Richtern eingeräumt wird. Er wird in die Zahl der Richter eingerechnet, tritt an Stelle eines Richters in den Senat selbst ein, ist nicht den Richtern bloß lose beigeordnet. (§. 8 des Entw.) Den Bezirksgerichten für Handelssachen steht zu die Ausübung der Gerichtsbarkeit in Wechselstreitigkeiten, in Rechtsstreitigkeiten, aus Handelsgeschäften, wenn die Klage gegen eine registrirte Handelsgesellschaft oder gegen einen protokollirten Kaufmann gerichtet ist, wodurch nach Ansicht der Regierung unbegründete Competenzeinwendungen vorgebeugt wurde (Motivenbericht S. 70) und das Geschäft wenigstens auf Seite des Beklagten Handelsgeschäft ist, endlich die in §. 39 Einf. Ges. (s. oben im Texte) verzeichneten Gattungen von Rechtsstreitigkeiten; jedoch ist das Bezirksgericht nur competent, wenn der Werth des Streitgegenstandes 1000 fl. nicht übersteigt. (§. 55.) Selbständige Handelsgerichte sind in eben diesen Fällen rücksichtlich höher bewertheter Streitobjecte competent, sowie ohne Rücksicht des Werthes in Marken-, Muster-, Privilegienstreitigkeiten. (§. 54.) Im Falle der Competenzeinwendung kann der angerufene Gerichtshof zugleich mit der Entscheidung hierüber auch verfügen, daß an Stelle eines der Senatsmitglieder ein fachmännischer Beisitzer oder umgekehrt zu treten habe. (§§. 64, 66.) Wird erst nach Schluß der Verhandlung über die Competenzeinrede entschieden, so ist der richterliche Beamte oder der fachmännische Beisitzer der Verhandlung als Ergänzungsrichter beizuziehen, damit sodann, wenn die Competenzfrage entschieden ist, der Eine oder der Andere weiter fingiren kann. (§. 65, 66.) Erkennt ein Handelsgericht oder ein Handelssenat eines Kreis- oder Landesgerichtes die Angelegenheit als für eine solche der allgemeinen Gerichtsbarkeit, so hat er obige Maßregeln von amtswegen zu ergreifen. (§. 66.)

Der von dem Budapester Professor Alexander Ploß in Auftrag des ungarischen Justizministeriums ausgearbeitete Entwurf einer ungar. Civil-Proceßordnung hebt die bisherigen Handels- und Wechselgerichte auf, gestattet jedoch den Gerichtshöfen, nach Erforderniß besondere Senate für Handelssachen zu bestellen. (Gerichtshalle Nr. 21 ex 1893.)

In Deutschland gab es vor Einführung des Reichs-Ger. Verf. Ges. in den Rheinländern, Süddeutschland, Sachsen, Braunschweig, Hamburg, Bremen Handelsgerichte. Das Ger. Verf. Ges. kennt keine besonderen Handelsgerichte, wohl aber mit den Landgerichten organisch verbundene Kammern in Handelssachen (§. 100 ff.) diese werden von der Landesjustizbehörde je nach Bedürfniß, selbst an Orten, wo das Landgericht seinen Sitz nicht hat, gebildet. Die Kammer besteht aus dem Vorsitzenden (Mitglied

auch in der schließlichen Formulirung des gegenwärtigen Artikels 3[7]) des Handelsgesetzbuches zum Ausdrucke kam, der diese Frage selbst offen läßt, und nur sagt, daß in jenen deutschen Bundesstaaten, in welchen es keine besonderen Handelsgerichte gibt, die Civilgerichte die den Handelsgerichten durch das Handelsgesetzbuch vorgeschriebenen Functionen übernehmen.[8]) Ebenso erklärt der Motivenbericht zum gegenwärtigen deutschen Gerichtsverfassungsgesetze von 1877, daß diese Frage kaum principiell zu entscheiden sei. Doch lehrt, wie eben derselbe Motivenbericht ausführte, die Erfahrung, „daß die Handelsgerichte, wo sie bestehen, meistens mit gutem Erfolge thätig sind," sowie „daß durch die Errichtung der Handelsgerichte die sachgemäße Urtheilsfällung insofern gefördert wird, als die kaufmännischen Mitglieder dem rechtsgelehrten Richter die Handhabung der kaufmännischen Geschäfte erläutern, ihn mit der Ausdrucksweise und den Gebräuchen des Handelsstandes vertraut machen und ihm das Verständniß des Zweckes der einzelnen Geschäftsbetriebe erleichtern. Gerichte, bei welchen tüchtige und erfahrene Kaufleute mitwirken, werden in Handelssachen ohne weiteres und mit Sicherheit zu einem sachgemäßen, die Gestaltungen des kaufmännischen Verkehrs richtig würdigenden Urtheile gelangen können, während ein nur mit rechtsgelehrten Richtern besetztes Gericht in vielen Fällen nur durch das umständliche und weniger sichere Mittel der Vernehmung von Sachverständigen sich die nothwendigen Grundlagen des Urtheils verschaffen kann."

Vor allem ist zu betonen, daß gerade bei Beurtheilung von Handelssachen und bei Auslegung von Handelsgeschäften dem Gewohnheitsrechte und den Gebräuchen mehr Bedeutung als auf irgend einem anderen Rechtsgebiete zukommt, der Richter in Handelssachen sohin einer eingehenden Kenntniß des in steter Neubildung begriffenen Gewohnheitsrechtes und der Gebräuche sowie kaufmännischer Geschäftserfahrungen und allseitiger allgemeiner Fachkenntniß bedarf, wie sie nur Derjenige haben kann, der berufsmäßig Handel treibt. Das aus eigener täglicher Anschauung gewonnene Verständniß des Kaufmannes für die Handels- und Verkehrseinrichtungen überhaupt, die ihm anerzogene, durch eigene Erfahrung ausgebildete und stets in Uebung erhaltene Fähigkeit, zu erkennen, worauf es bei der einzelnen Geschäftsoperation von den Betheiligten abgesehen war, und darin das richtige Merkmal für oder gegen den guten Glauben in den erhobenen Ansprüchen und Einreden zu finden lassen," lassen, wie die obbezogenen Motive sagen, den Kaufmann zum Richter in Handelssachen

des Landgerichts bezw. im zweiten Falle Amtsrichter) und zwei Handelsrichtern (§. 109). Die Handelsrichter werden über gutachtlichen Vorschlag des zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organes für drei Jahre ernannt. (§. 112.) Fähig dazu ist jeder Deutsche nach vollendetem 30. Jahre, der als Kaufmann oder als Vorstand einer Actiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist und im Bezirke der Kammer wohnt. Ausgeschlossen sind in ihrer Vermögensverfügung Beschränkte. (§. 113 Ger. Verf. Ges.)

7) Kompe in Goldschmidts Ztschr. IX. S. 78.

8) Siehe v. Hahn, Comm. zu Art. 3 (S. 15 u. 16.)

geeignet erscheinen. Einem solchen Richter aus dem Kreise seiner Berufsgenossen unterwirft sich einerseits der Kaufmann vertrauensvoll, während er andererseits einem solchem kaufmännischen Richter gegenüber, der alle Wege der Speculation und der Handlungsoperationen leichter erkennt und durchblickt, als der dem kaufmännischen Leben fernstehende rechtsgelehrte Richter, es nicht wagen wird, mit Scheinansprüchen und Scheineinreden hervorzutreten, die seinen kaufmännischen Ruf schädigen könnten. Vor diesem Richter würden nicht nur der Buchstabe des Gesetzes, sondern auch die Verhältnisse des Falles, wie sie sich dem sachkundigen Kaufmanne darstellen, Anerkennung finden, und das eigenartige Verfahren vor den Handelsgerichten läßt den Kaufmann schneller und minder umständlich und mit geringerem Kostenaufwand sein Recht finden, wie es den im Handel und Verkehre begründeten Verhältnissen und Interessen des Kaufmannsstandes entspricht.[9])

§. 15.

VIII. Literatur des österreichischen und deutschen Handelsrechtes.[1])

Es kann sich hier nicht darum handeln, ein erschöpfendes Bild der Gesammtliteratur des österreichischen und deutschen Handelsrechtes zu geben; es sollen lediglich die Hauptwerke erwähnt werden u. z. nur solche, die das gesammte Handelsrecht umfassen, nicht bloß einzelne Theile oder bestimmte Fragen behandeln.

I. Lehr-, Handbücher und Commentare.

A. Oesterreichisches Handelsrecht.

1. Vor dem allgemeinen Handelsgesetzbuche.[2])

J. M. E. v. Zimmerl, Alphabetisches Handbuch zur Kenntniß der Handlungs- und Wechselgeschäfte. 2. Aufl. Wien 1805, 2 Bde.; Nachtragsband, Wien 1817.

v. Sonnleithner, Leitfaden über das österreichische Handels- und Wechselrecht. 4. Aufl. (Wien 1827.)

Pauernfeindt, Handb. der Handelsgesetze und des bei Anwendung derselben bei den Mercantil-Gerichten eintretenden Verfahrens, mit besonderer Rücksicht auf Oesterreich u. s. w. Wien 1836, Supplementband 1842.

Fischer, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, 2. Aufl. 1842; 3. Aufl. 1847, davon 3. Abdruck 1856, und dann 4. Aufl. als Fischer-

9) v. Sommaruga, Ueber Errichtung von Handelsgerichten in Oesterreich. S. 35; Silberschmidt, Entstehung des deutschen Handelsgerichts §§. 41 und 42.

1) Vgl. die ausführlichen Literaturnachweise bei Goldschmidt, Handelsrecht I. §. 23a u. auch §. 6a und System (3. Aufl.) §. 9; Behrend, Handelsrecht I. §. 14; Endemann, in dem von ihm herausg. Handb. des H.-, S.- u. W. R. I. §§. 5 u. 12.

2) Vgl. hiezu noch die Literaturcitate bei Fischer-Ellinger, l. c. §§. 21 und 22, und v. Staubenrauch l. c. Aufl. 1859: §. 8, Aufl. 1863: §. 11.

Ellingers Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, bearbeitet von Blodig. (1860.)

Vileanko, Das ungarische Handels- und Wechselrecht. (Ofen 1841.)

Dallusche k, Trattato del diritto mercantile. Padova 1855.

v. Stubenrauch, Lehrbuch des österr. Privathandelsrechtes. (1859.)

2. Nach Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.

Herzog, Das österreichische Handelsrecht nach dem H. G. B. vom 17. Dec. 1862. 1. Lief. (Wien 1863), umfaßt nebst Einleitung das Handels-Personenrecht bis zu den Mäklern; eine weitere Lieferung erschien nicht.

v. Stubenrauch, Handbuch des österreich. Handelsrechtes. (1863.)

Brix, Das allgemeine Handelsgesetzbuch vom Standpunkte der österreichischen Gesetzgebung erläutert. (Commentar, Wien 1864.)

F. Consolo, Note al nuovo codice di commercio universale. Triest 1863.

Blaschke, Erläuterung des Handelsgesetzbuches. Wien 1868.

Holain, Oesterreichische Handelsgesetze. (1874.)

Randa, Soukromé Obchodni právo rakouské (Oesterreichisches Privathandelsrecht), 1. Heft, 4. Aufl., 2. u. 3. Heft, 2. Aufl.

Außerdem hat das Handelsrecht in Oesterreich mehrfache populäre Darstellung zum Zwecke von Handels- wie Militärschulen und -Cursen gefunden, so von Haberer, Bausenwein u. a. m.

Endlich erscheint das Handelsrecht auch berücksichtigt in den Commentaren zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche von Kirchstetter (die letzteren Auflagen besorgt von Maitisch) und von v. Stubenrauch (letzte Auflagen besorgt von Schuster und Schreiber).

Für Ungarn: F. v. Schnierer, Comm. zum ungarischen H. G. B. Autoris. Übersetzung. (1877.)

B. Preußisches Handelsrecht.[3])

Vor Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.

Mirus, Die Grundsätze der preußischen Handelsgesetzgebung. 1. Aufl. Berlin 1834, 2. Aufl. 1838.

Hiersemenzel, Preußisches Handelsrecht. Berlin 1856.

Fischer, Preußens Kaufmännisches Recht. Breslau 1856.

Koch, Allgemeines preußisches Landrecht mit Commentar in Anmerkungen in den ersten 2 Auflagen. 1854 ff.

C. Das gemeine deutsche Handelsrecht.

1. Vor dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche.

Pöhl, Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburgischen Handelsrechtes. (4 Bde.) Hamburg 1828—1834.

Thöl, Das Handelsrecht, I. Band in mehrfachen Auflagen. (1. Aufl., Göttingen 1841.)

Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechtes mit Ausschluß der Lehren

3) Literatur für die übrigen deutschen Staaten siehe Goldschmidt Hdb. I. §. 12.

des Wechsel-, See- und Assecuranzrechtes, fortgesetzt von Endemann, Heidelberg, 1853—1860.

Heise's Handelsrecht. Nach dem Originalmanuscript, Frankfurt a. M. 1858.

Außerdem erscheint das Handelsrecht berücksichtigt in zahlreichen Lehrbüchern, Handbüchern und Grundrissen des deutschen Privatrechtes, so von Runde (1791, 8. Aufl. 1829), Mittermaier (1821), Eichhorn (1823, 5. Aufl. 1845), Philipps (1829, 3. Aufl. 1846), Kraut (1830, 5. Aufl. 1872), v. Gerber (1848 u. s. w.), Bluntschli (1853, 1854), Gengler (im 1. Theile 1854), Beseler (1847—1855), Walter (1855).

2. Nach Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.

a) Systematische Darstellungen.

Thöl, Das Handelsrecht in Verbindung mit dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch dargestellt. I. Bd. 4. Aufl. Leipzig 1862; 6. Aufl. u. T. „Das Handelsrecht" 1879.

Gad, Handbuch des allgemeinen deutschen Handelsrechtes. I. Theil. Berlin 1863. (Fortsetzung nicht mehr erschienen.)

Auerbach, Das neue Handelsgesetzbuch systematisch dargestellt. Frankfurt a. M. I. Bd. 1863, II. Bd. 1865. (Schluß fehlt.)

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes. I. Bd. 1. u. 2. Abth. Erlangen 1864, 1868; Abth. 1. 2. Aufl. Stuttgart 1875; von der 2. Abth. erst eine Lieferung in 2. Auflage erschienen. (1883.)

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 1. Aufl. Heidelberg 1865, 4. Aufl. Leipzig 1887.

O. Wächter, Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche und den Einführungsgesetzen. Leipzig 1865, 1866.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. Leipzig 1875.

Gareis, Lehrbuch des Handelsrechtes. 1. Aufl. Berlin 1880, 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1893.

Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wasserrechtes, herausgegeben von Endemann. (1881—1884.)

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes. I. Bd., bisher 5 Lieferungen. Berlin-Leipzig 1886—1892.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes. 2. Aufl. 1893.

Ferner erscheint das Handelsrecht theils ganz aufgenommen, theils an den einschlägigen Stellen verarbeitet in deutschen Privatrechtslehrbüchern, insbesondere durch Bluntschli, 3. Aufl., herausgegeben von Dahn (1864), durch v. Gerber, zuletzt 16. Aufl. 1891; Beseler, 3. Aufl. 1873; durch Stobbe, 1. Aufl. 1871—1878, 2. Aufl. 1882—1885; Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechtes, 4 Bde. 1865—1873; Dernburg, Preußisches Privatrecht, 2 Bde. 1871, 4. Aufl. des I. Bdes. 1884, des II. Bdes. 1889; sowie von Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechtes, 5. Aufl. 1880; Dernburg, Pandecten, 1884 bis 1887.

b) Commentare.

Makower und Meyer, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, 1. Aufl. Berlin 1862; die folgenden Auflagen von Makower allein besorgt; 9. Aufl. 1884. (Berlin u. Leipzig.)

v. Kräwel, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit preußischem Einführungsgesetz. Halle 1862.

Friedr. v. Hahn, Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Braunschweig 1862—1867; I. Bd. 3. Aufl. 1877, 4. Aufl. 1. Lief. 1894, II. Bd. 2. Aufl. 1875.

Anschütz und v. Völderndorff, Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Erlangen 1867—1873. Im I. Bd. behandelt v. Völderndorff das I. Buch, der II. und III. Bd. rühren von Anschütz her und enthalten das II., III. und IV. Buch.

Puchelt, Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1872—1874; 4. Aufl. bes. von Förtsch 1893, 1894.

Kowalzig, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin 1876. 2. Aufl. 1879.

Keyßner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Stuttgart 1878.

Gareis und Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Willenbücher, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Staub, Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Berlin 1891 u. s. w., erscheint in Lieferungen.

c) Formelbuch.

Friedberg, Formelbuch für Handels-, Wechsel- und Seerecht. Leipzig 1890.

II. Textausgabe des Handelsgesetzbuches.

Außer den oben (I.) erwähnten Commentaren sind folgende Textausgaben zu nennen:

A. Für Oesterreich.

Manz'sche Gesetzessammlung Bd. 11, I.

Geller'sche Gesetzessammlung Bd. II.

B. Für Deutschland.

Hier sind zu nennen die Ausgaben in den Roßberg'schen und Guttentag'schen Gesetzessammlungen (letztere von Litthauer), ferner die Ausgabe von Basch (Berlin 1885), dann Friedberg's Ausgabe des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, und der allgemeinen deutschen Wechselordnung nebst den ergänzenden Reichsgesetzen (Leipzig 1890) u. a. m.

III. Zeitschriften.

1. Das Neue Archiv für Handelsrecht von Voigt und Heinichen, bezw. Heineken und auch Weber. (4 Bände 1858—1866).

2. Archiv für Wechsel- und Handelsrecht von Siebenhaar und Tauchnitz, später Bernewitz 1861—1873 (bis Bd. IV, 1. und 2. Heft incl., 1851—1861, nur für Wechselrecht).

3. Centralorgan für den deutschen Handelsstand, bezw. später für das deutsche Handels- und Wechselrecht von Löhr bezw. Hartmann. (1862—1873.)

4. Die von Goldschmidt herausgegebene Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht (von Bd. 8 an trat noch Laband, von Bd. 12 an Malß, und nach dessen Ausscheiden von Bd. 20 an Sachs, von Bd. 21 an v. Hahn, von Bd. 23 an Keyßner, von Bd. 40 an Pappenheim hinzu).

5. Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechtes, herausgegeben von F. B. Busch seit 1862 (vom 26. Bd. ab auch für Wechselrecht, vom 29. Bd. ab traten H. Busch und G. Keyser hinzu; nach des Letzteren Tode [1875] von Bd. 31 ab nur F. B. Busch und H. Busch und nach des ersteren Tode [1876] nur H. Busch; jetzt als Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler und Ring).

6. Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut.

IV. Entscheidungen.

Abgesehen von particular-rechtlichen Sammlungen sind insbesondere zu nennen:

1. Für Deutschland: Die Entscheidungen des Bundes-Oberhandelsgerichtes, bezw. des Reichs-Oberhandelsgerichtes, gegenwärtig Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen (seit 1871). Außerdem bei Fuchsberger, Entscheidungen des Reichs-Oberlandesgerichtes und Reichsgerichtes auf dem Gebiete des Handelsrechtes u. s. w., dann Annalen des deutschen Reichsgerichtes von Blum und Braun, und Bolze, Die Praxis des Reichsgerichtes.

2. Für Oesterreich: L. Adler und R. Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch (bis jetzt 8 Bde.) und auch Glaser, Unger, Walther, bezw. Walther, Pfaff, Schey, Civilrechtliche Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes (bis jetzt 27 Bde.).

I. Buch.

Personen im Handelsrechte.

§. 16.

I. Die Personen des Handelsrechtes im Allgemeinen.

Die Frage nach den Personen des Handelsrechtes ist, in ihrem weitesten Umfange aufgefaßt, identisch mit der Frage, für wen und gegen wen das Handelsrecht, das Handelsgesetzbuch Geltung hat. Gegenwärtig, da das Handelsrecht nicht mehr wie einst ein besonderes Standesrecht einer bestimmten Classe ist, kann Jeder, der überhaupt Rechtssubject sein kann, wenn er in gewisse Beziehungen tritt, dem Handelsrechte unterworfen werden. Wenn das Handelsgesetzbuch aber nichtsdestoweniger von einem besonderen Handelsstande spricht und diesem sein erstes Buch widmet, so will es damit nicht bestimmte Personen als alleinige Rechtssubjecte für das Handelsrecht aufstellen, sondern es gibt nur für seinen eigenen Gebrauch Begriffsbestimmungen von bestimmten Personen, für welche allein bestimmte gesetzliche Normen gelten. Das Handelsgesetzbuch will hiemit das Handelsrecht aber auch nicht zu einem Standesrechte, zu einem Classenrechte machen, sondern nur die Anwendbarkeit einzelner seiner Bestimmungen auf einen bestimmten Kreis von Personen begrenzen.

Die Personen des Handelsrechtes treten gleichwie jene des sonstigen Civilrechtes entweder als selbständige und selbstthätige Geschäftstreibende (selbständige Kaufleute, Geschäftsherren, Principale) auf und zwar sowohl als Einzelpersonen für sich (Einzelkaufleute), als auch Mehrere vereint (Handelsgesellschaften, stille Gesellschaften, Vereinigungen zu einzelnen Geschäften, Genossenschaften, juristische Personen) oder sie vertreten nur Andere, handeln in Anderer Auftrag, Vollmacht, Namen (Procuristen, Handlungsbevollmächtigte, -gehilfen, einfach Bevollmächtigte) oder sie stehen in einem Dienstverhältnisse zum Geschäftsherrn als dessen Hilfsorgane (Handlungsgehilfen, Handlungsreisende, Lehrlinge, oder endlich sie vermitteln zwischen Anderen (Handelsmäkler, Agenten).

§. 17.

II. Der Kaufmann.

1. Begriff des Kaufmannes.[1])

1. Wenn auch der Begriff des Kaufmannes vom Begriffe des Handels abhängig ist, so ist der Begriff des Kaufmannes doch noch nicht

1) Vgl. Goldschmidt, H. R. I. §. 43; v. Völderndorff in Endemann's Handb. I. §§. 25, 26, 27; Behrend, H. R. I. §§. 24, 25 und die bei den

durch den Begriff des Handels gegeben; nicht jeder, der im Handel, in einem Handelsgeschäfte thätig ist, ist Kaufmann. Dieser hat, faßt man das Wort im technischen Sinne, vielmehr einen bestimmten Beruf, nämlich den Handelsbetrieb; seine Aufgabe ist, die Güter, deren der Einzelne bedarf, diesem zur rechten Zeit und am rechten Orte zu bieten.[2]) Sowie der Kaufmann aber einerseits die wirthschaftlichen Bedürfnisse des Anderen zu befriedigen sucht, so will er doch andererseits selbst, für die zum Vortheile des Anderen aufgewendete Thätigkeit, entschädigt sein, selbst Vortheil, selbst Gewinn haben. Deshalb macht er seine Thätigkeit zum Gewerbe, um aus ihr einen Erwerb zu machen, Gewinn zu ziehen. Gewinnabsicht, Speculation auf der einen Seite, Befriedigung der wirthschaftlichen Bedürfnisse auf der anderen Seite bilden den Inhalt des Handels, und in diesen beiden Momenten drückt sich auch das Verhältniß zwischen Kaufmann und Kunde aus.

2. Doch nicht jede derartige vermittelnde wirthschaftliche Thätigkeit gilt auch rechtlich als kaufmännische. Das positive Recht bestimmt die Criterien für den Begriff des Kaufmannes: so auch das H. G. B. in Art. 4[3]), nach welchem im Sinne des Gesetzes als Kaufmann anzusehen ist, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt[4]), d. i. wer die im Art. 271 angeführten Handelsgeschäfte gewerbsmäßig oder die in Art. 272 angeführten Geschäfte gewerbsmäßig (d. i. als Handelsgeschäfte) betreibt.[4a]) Als gewerbsmäßig aber erscheint der Betrieb dann, wenn er der Beruf des Handelnden ist, wenn dieser in ihm eine regelmäßige, dauernde Einnahmequelle sucht, wenn es sich nicht bloß um ein einzelnes Handelsgeschäft, sondern um den fortwährenden Abschluß bestimmter sich erneuernder und wiederholender Handelsgeschäfte handelt. Der Kaufmann muß aber diese Geschäfte im eigenen Namen abschließen, d. i. selbst betreiben.

Die Bedeutung des Begriffes des Kaufmannes im Sinne des Handelsgesetzbuches liegt aber nicht darin, als ob die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches im Allgemeinen etwa nur

---

genannten Schriftstellern angeführten Schriften. — H. G. B. Art. 4—11; Einf. Ges. §§. 6—9; Ung. H. G. §§. 3—5; bosn. §§. 3—7.

2) v. Völderndorff in Endemann's Handbuch I. §. 25 (S. 132).

3) Ung. H. G. B. §. 3; bosn.-herzeg. H. G. B. §. 3.

4) Diese Definition gilt nur vom Standpunkte („im Sinne") des Handelsgesetzbuches, sohin nur für dieses Gesetz, nicht auch für andere Gesetze, die etwa Bestimmungen über die Kaufleute enthalten. (Prot. S. 1255 ff.), vgl. Entsch. des deutschen R. G. I. 59; Busch, Archiv I. 214 u. ff., V. 213 (E. des O. A. G. Jena 1863). Deshalb ward denn dieser Begriff des Kaufmannes ausdrücklich auf andere Gesetze übertragen durch das Einf. Ges. in Preußen, Bayern, Württemberg a. a. m. Ausdrücklich berufen wird auf diesen Begriff in §. 13 Z. 1 des deutschen R. Ges. vom 12. Juni 1869 und §. 101 des D. Ger. Verf. Ges. Dagegen ist bestritten der Kaufmannsbegriff in §§. 281—283 des R. Str. G. B., was jedoch infolge §§. 209 bis 212 der deutschen R. Conc. O. ohne praktische Bedeutung ist. Für diesen Begriff des H. G. B. ist es aber auch gleichgiltig, ob die Vorschriften der Gewerbeordnung in Bezug auf den Beginn und die Ausübung des Gewerbes eingehalten sind, so daß Jemand ganz wohl Kaufmann im Sinne des H. G. B. sein kann, ohne es auch vom Standpunkte der Gewerbeordnung aus sein zu müssen.

4a) v. Hahn, Comm. I. Art. 4, §. 6.

auf Kaufleute im Sinne des Gesetzes beschränkt wären, sondern nur darin, daß gewisse Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, wie jene über die Firma, die Handelsbücher und die Procura nur auf Kaufleute Anwendung finden. Das Handelsgesetzbuch nimmt in Art. 10 eine Reihe von Personen, so Höcker, Trödler, Hausirer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner Wirthe, Fuhrleute, Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, von der Anordnung der gesetzlichen Bestimmungen rücksichtlich obiger Institute und Verhältnisse aus. Nach eben dieser Gesetzesbestimmung bleibt es den Landesgesetzen vorbehalten, diese Beschränkung auch noch auf andere Classen von Kaufleuten auszudehnen oder umgekehrt diese Beschränkung für einzelne der im Gesetze genannten Classen oder für alle Kaufleute zu beseitigen. Hievon machte auch das österreichische Recht Gebrauch, indem §. 7 des östr. Einf. Ges. die Anwendbarkeit der oberwähnten Bestimmungen des Handelsgesetzbuch von der Höhe der Steuern, welche die Kaufleute zahlen, abhängig macht. Hiemit hält das österreichische Einführungsgesetz aber zugleich an dem Grundsatze der Gewerbemäßigkeit und des mehr als handwerksmäßigen Betriebes des Gewerbes fest und schließt aus der Höhe der Steuern auf die Gewerbemäßigkeit des Betriebes. Als Mindestmaß an Steuern ist für Wien 50 fl., für die Umgebung von 2 Meilen um Wien 30 fl., für Orte mit mehr als 50.000 Einwohnern 40 fl., für solche mit über 10.000—50.000 Einwohnern 30 fl., und für solche mit 10.000 oder weniger Einwohnern 20 fl. bestimmt. Im Falle das Gewerbe von der Steuer befreit ist, genügt, daß der Geschäftsbetrieb nach seinem Umfange das erwähnte Steuerausmaß begründen würde. Der Kaufmannsbegriff als solcher und die Anwendung der übrigen für Kaufleute und für den Handel aufgestellten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches aber erleidet hiedurch keine Einschränkung.

3. Treffen die oben erwähnten Merkmale des Art. 4 zu, so gilt die betreffende Handel treibende Person als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches. Freilich stellen Verwaltungs-, Polizei- und sonstige Gesetze und Verordnungen noch andere Erfordernisse auf, diese sind jedoch auf die Beurtheilung der Frage, ob Jemand im Sinne des Handelsgesetzbuches Kaufmann sei, ohne Einfluß. Ob Jemand im Sinne des Art. 4 Kaufmann sei, ist reine Thatfrage, nur abhängig von der Thätigkeit, welche die betreffende Person entfaltet, nicht aber von der Erfüllung gewisser Vorschriften des Handelsgesetzbuches, wie Buchführung, Eintragung in das Handelsregister, deren Erfüllung oder Unterlassung keinerlei Rechtsvermuthungen erzeugt.

So stand es denn der Gerichtspraxis zu, in jedem einzelnen Falle sich über die Kaufmannsqualität zu äußern.

So wurden seitens des österreichischen obersten Gerichtshofes als Kaufleute bezeichnet:[5])

5) Rücksichtlich der deutschen Praxis vgl. Fuchsberger-Gareis, Comm. Note 9 ad Art. 4 (S. 18, 19).

1. Apotheker. (Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum H. G. B. III. Nr. 332, VII. 1160.)[6])
2. Appreteure. (Ibid. I. Nr. 109.)
3. Baumeister und Bauunternehmer. (VIII. Nr. 1357[7]); VII. Nr. 1187, vgl. auch VI. Nr. 1035.)
4. Bierbrauer (I. Nr. 7, 28; VII. Nr. 1236); propinationsberechtigte Bierbrauer. (IV. Nr. 566; V. Nr. 808.)[8])
5. Cantineure. (III. Nr. 415.)
6. Champagnerfabriken. (I. Nr. 55.)
7. Eisenwerkgewerkschaften. (I. Nr. 6; vgl. auch Nr. 62.)
8. Gastwirthe. (I. Nr. 122.)[9])
9. Gewerbsmäßige Gelddarleiher. (V. Nr. 801.)
10. Kleiderfabriken. (III. Nr. 296; VII. Nr. 1165.)
11. Krämer. (II. Nr. 140.)
12. Kupferhammerwerke. (II. Nr. 142.)
13. Maschinenfabrikanten. (I. Nr. 62.)[10])
14. Milchhändler. (VI. Nr. 1093.)
15. Restaurationspächter. (I. Nr. 68.)
16. Schänker. II. Nr. 193; VI. Nr. 933 [Pächter].)
17. Schuhwaarenerzeuger. (I. Nr. 66.)[11])
18. Sparcassen, welche Bankgeschäfte mit dem Zwecke einer Gewinnsterzielung betreiben. (III. Nr. 388.)[12])
19. Spediteure. (I. Nr. 78; II. Nr. 270.)
20. Wechselescomptisten. II. Nr. 133.)
21. Ziegelfabrikanten, welche aus dem auf eigenem Grunde gewonnenen Lehm Ziegeln erzeugen. (VI. Nr. 979.)

Dagegen wurde die Kaufmannsqualität seitens des österreichischen obersten Gerichtshofes abgesprochen:

1. Branntweinbrennern. (VIII. Nr. 1493.)[13])
2. Fleischhauern. (I. Nr. 22; vgl. III. Nr. 255, 343, 410.)
3. Genossenschaften, welche zwar statutenmäßig die in Art. 272 Z. 2 H. G. B. bezeichneten Handelsgeschäfte betreiben, den Gewerbebetrieb jedoch auf ihre Mitglieder beschränken. (VI. Nr. 959.)
4. Kaffeesiedern. (I. Nr. 12, 82.)
5. Kohlengewerkschaften. (VIII. Nr. 1444.)
6. Landwirthschaftlichen Industrieunternehmungen, in welchen die

---

6) Anders die Entscheidung in derselben Sammlung II. Nr. 143.

7) Anders VII. Nr. 1201.

8) Ebenso deutsches R. O. H. G. V. S. 18, XII. S. 97. Anders Oestr. Entsch. Adler-Clemens I. Nr. 25, 44; IV. Nr. 538.

9) Ebenso R.O.H.G. XXIV. S. 270 (vgl. XXII. S. 329). Anders Oestr. Entsch. Adler-Clemens VI. Nr. 1049.

10) Vgl. R. O. H. G. XII. S. 27; VI. S. 31.

11) Ebenso R. O. H. G. VII. S. 237 rücksichtlich der Schneider.

12) Anders II. Nr. 117.

13) Wohl aber, wenn sie nicht selbstproducirte Stoffe verarbeiten und veräußern. — Vgl. insbes. Behrend, H. R. I. §. 25.

auf dem eigenen Gute gewonnenen, also nicht angeschafften, Bodenerzeugnisse zur Bearbeitung oder Verarbeitung gelangen. (III. Nr. 307.)

7. Den Liquidatoren einer aufgelösten Handelsgesellschaft. (IV. Nr. 567.)

8. Mahlmüllern. (II. Nr. 132.)[14])

9. Selchern. (IV. Nr. 716.)

10. Sparcassen. (I. Nr. 117; vgl. dagegen oben sub Nr. 18.)

11. Tischlern. (III. Nr. 288.)[15])

3. Nicht nur Einzelpersonen, sondern auch Personengesammtheiten oder Personenvereinigungen (Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereine, juristische Personen) können Kaufleute sein, aber sowie der Einzelkaufmann nur rücksichtlich seines Gewerbebetriebes als Kaufmann gilt, so kann auch die Personengesammtheit und Personenvereinigung nach österreichischem Handelsrechte nur insofern als Kaufmann gelten, als sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt. So erscheint denn auch der Staat als Kaufmann rücksichtlich der von ihm betriebenen kaufmännischen Unternehmungen[16]); jedoch ist nach §. 7 des östr. Einf. Ges. z. H. G. B. im Verordnungswege zu bestimmen, inwiefern Unternehmungen des Staates in das Handelsregister einzutragen, und den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über Firmen, Handelsbücher und Procura zu unterziehen sind.[17])

Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches in Betreff der Kaufleute gelten nach Art. 5 H. G. B.[18]) auch für Handelsgesellschaften, insbesondere auch für Actiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Handelsunternehmens in Handelsgeschäften besteht,[19]) dann für öffentliche Banken in den Grenzen ihres Handelsbetriebes unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen, und endlich nach §. 13 der V. O. der Ministerien der Justiz, des Innern und des Handels im Einvernehmen mit dem Finanzministerium v. 14. Mai 1873, Nr. 71 R. G. Bl., auch für Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, deren Unternehmen ganz oder theilweise in Handelsgeschäften besteht.[20]) [21])

---

14) Wohl aber, wenn sie fremdes Getreide fabriksmäßig mahlen (R. O. H. G. XI. S. 241) oder kaufen und — gemahlen — wieder verkaufen.

15) Anders R. O. H. G. XII. S. 72.

16) v. Hahn, Comm. I. §. 4 zu Art. 5; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. I. S. 49; vgl. Entsch. R. O. H. G. III. S. 405, XII. S. 311.

17) Nach §. 4 des ung. und §. 5 des bosn.-herzeg. H. G. B. finden diese Bestimmungen des H. G. B. auch in Betreff des Staates, wenn derselbe Handelsgeschäfte betreibt, insofern Anwendung, als bestehende Gesetze und gesetzliche Verordnungen nicht anders verfügen.

18) §. 4 des ung. u. §. 5 des bosn.-herzeg. H. G. B. übertragen die Bestimmungen für Kaufleute auf Handelsgesellschaften schlechthin; doch gilt auch hier als Voraussetzung, daß diese Handelsgesellschaften gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreiben; vgl. hiezu Art. 5 H. G. B. f. das deutsche Reich in seiner gegenwärtigen Fassung und Art. 174 u. 208 des deutschen Gesetzes, betr. die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften.

19) Ebenso ung. H. G. B. §. 4, bosn.-herzeg. §. 5.

20) Nach §. 17 des deutschen Reichsges. vom 1. Mai 1889 gelten Genossenschaften als Kaufleute im Sinne des H. G. B., sofern das Genossenschaftsgesetz keine abweichenden Bestimmungen enthält.

21) Die durch Ges. vom 20. April

§. 18.

2. Arten der Kaufleute.[1])

Schon die in Art. 271 und 272 H. G. B. gegebene Aufzählung der Handelsgeschäfte läßt verschiedene Arten von Kaufleuten erkennen. Hienach werden die Kaufleute nicht nur je nach der Art ihres Gewerbes, sondern auch je nach dem Inhalte ihrer Thätigkeit unterschieden. So unterscheidet man den Kaufmann im gewöhnlichen Sinne des Wortes, der kauft und verkauft, von dem Bankier, vom Wechsler, vom Versicherer, vom Mäkler, Agenten, Commissionär, Spediteur und Frachtführer, deren Thätigkeit nicht im Feilbieten gekaufter oder anderweitig angeschaffter Waaren, nicht in Lieferung oder Be- und Verarbeitung beweglicher Sachen besteht, sondern deren Gewerbe theils Geschäfte Anderer, theils der Güterverkehr vermittelt. Allerdings sind nun einzelne dieser Handelsgeschäfte besonderen Regeln unterworfen, allerdings beschränkt die Gewerbeordnung den Gewerbetreibenden auf das von ihm betriebene Gewerbe, und zieht genaue Grenzen zwischen den einzelnen Arten der Gewerbe, allein für den gesetzlichen Begriff des Kaufmannes ist die Eintheilung in solche Unterarten ohne Belang.

In der Regel sind Rechte und Pflichten der Kaufleute unabhängig von dem Umfange ihres Gewerbes. Nur in einzelnen Fällen verlangt das Handelsgesetzbuch einen größeren Umfang des Gewerbebetriebes, um den Gewerbebetreibenden als Kaufmann im Sinne des Art. 4 und seine in Betracht kommenden Geschäfte als Handelsgeschäfte anzuerkennen. Hieher gehören erstlich die Handelsgeschäfte nach Art. 272 Z. 1 und 5[2]), d. i. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere und die Geschäfte der Druckereien. Bei diesen verlangt das Gesetzbuch ausdrücklich, daß ihr Umfang über den handwerksmäßigen Betrieb hinausgehen müsse. Der gewerbsmäßige Kleinbetrieb ist in diesen Fällen kein Handelsgeschäft, kein Handelsbetrieb im Sinne des Handelsgesetzbuches; diese Geschäfte sind nicht nach Handelsrecht, sondern nach dem sonstigen bürgerlichen Rechte zu beurtheilen und der sie gewerbsmäßig Betreibende wird hierdurch allein nicht vollberechtigter Kaufmann im Sinne des Art. 4, sondern gilt als Handwerker, auf den die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches für Kaufleute rücksichtlich der Firma, der Handelsbücher und Procura keine Anwendung finden. Ferner erklärt auch das H. G. B. in Art. 273, daß von Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebes vorgenommene Weiterveräußerungen nicht als Handelsgeschäfte anzusehen sind, welche Einschränkung insbesondere dann

---

1892 für Deutschland neugeschaffene Gesellschaft mit beschränkter Haftung gilt nach §. 13 eben dieses Gesetzes als Handelsgesellschaft, ist sohin den Bestimmungen des H. G. B. über die Kaufleute unterworfen.

1) Vgl. v. Völderndorff in Endemann's Handb. I. §. 28; Goldschmidt, H. R. I. §. 46; Behrend H. R. I. §. 36 S. 190 ff. — H. G. B. Art. 10; ung. H. G. §. 5, bosn. §. 6. —

2) S. ungar. H. G. §. 5; bosn. H. G. §. 6.

Bedeutung erlangt, wenn die Handwerker gewerbsmäßig Waaren zum Zwecke der Weiterveräußerung anschaffen, sohin rücksichtlich dieser Anschaffungsgeschäfte nach Art. 4 und 271 Z. 1 als Kaufleute erscheinen.[2a]) Endlich gibt es, wie bereits oben erwähnt wurde, Gewerbetreibende, denen das Gesetz nicht sämmtliche Rechte der Kaufleute gewährt, Minderkaufleute, Kaufleute minderen Rechtes[3]). Aber abgesehen von den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über Firma, Handelsbücher und Procura sind diese Minderkaufleute den Vollkaufleuten gleichgestellt[4]). Hieher gehören, wie bereits oben gesagt wurde, nach Art. 10 H. G. B.: Höker, Trödler, Hausirer u. dergl. Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner Wirthe, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handelsbetriebes hinausgeht. Ebenso sind nach Art. 10 H. G. B. Vereinigungen zum Betriebe solcher Handelsgewerbe geringeren Umfanges nicht Handelsgesellschaften[5]).

§. 19.

3. Persönliche Erfordernisse und Eigenschaften des Kaufmannes.

A. Im Allgemeinen.

I. Aus der oben (§. 17) erwähnten gesetzlichen Definition des Kaufmannes in Art. 4 H. G. B. ergiebt sich von selbst die Frage, wer denn gewerbsmäßig Handelsgeschäfte zu betreiben befähigt ist. Diese Fähigkeit zum gewerbsmäßigen Betriebe von Handelsgeschäften ist nun eine doppelte: erstlich die allgemeine Handlungs- und Dispositionsfähigkeit und zweitens die eventuelle Befähigung zu einem bestimmten Gewerbe.

In ersterer Hinsicht sind hier dieselben Momente in Betracht zu ziehen, die auch sonst im Rechte die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit beeinflussen: Alter, Geschlecht und Geisteszustand der Person. Doch wie diese Momente auch im sonstigen Rechte das Recht der Person, Rechtssubject zu sein, nicht beeinträchtigen, sondern nur erheischen, daß die mangelnde oder unvollständige Willenserklärung supplirt oder ergänzt werde, so können auch Unmündige, Minderjährige, Geisteskranke und Frauen Kaufleute im Sinne des Art. 4 sein, und es hängt nur die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte — hier also Handelsgeschäfte — abzuschließen, von der Möglichkeit ab, daß ihr mangelnder Wille entsprechend ersetzt oder ergänzt werde[1]). Aus dem Schweigen des Handelsgesetzbuches rücksichtlich des Alters der Personen ist nicht zu folgern, daß das Gesetz einen Altersunterschied nicht statuiren wollte. Es bedurfte einer diesbezüglichen Bestimmung des Handelsgesetzbuches nicht; denn das Handels-

2a) Vgl. R. O. H. G. VII. S. 238 f.

3) Vgl. auch Immerwahr, Der Minderkaufmann. (1894).

4) Auch gibt es Institute oder Rechtsverhältnisse, von denen die Minderkaufleute nicht ausgeschlossen sind, die aber ihrer Natur nach nicht für den kleinen Gewerbsmann bestimmt u. daher bei diesem nicht gebräuchlich sind. (Behrend H. R. I. §. 36, Note 7) z. B. Contocorrentverhältnisse (vgl. R. O. H. G. II. S. 443; XII. S. 71 f.).

5) Rücksichtlich des deutschen Rechtes s. Behrend H. R. I. § 36 insbes. S. 194.

1) Behrend H. R. I. §. 33 S. 155, 156.

gesetzbuch ist ein Specialrecht und hebt als solches nur einen Theil des allgemeinen Civilrechtes heraus, um ihn dem bestehenden Bedürfnisse gemäß zu regeln, setzt daher im Uebrigen, soweit nicht Handelsgebräuche bestehen, das sonstige Civilrecht voraus. Wenn auch seinerzeit bei Berathung des Handelsgesetzbuches ein diesbezüglicher Antrag, Bestimmungen rücksichtlich des Einflusses des Alters in das Gesetz aufzunehmen, abgelehnt wurde[2]), so geschah dies nicht in der Absicht, die Bedeutung des Altersunterschiedes für die Handlungsfähigkeit im Handelsrechte zu beseitigen, sondern nur, weil bei Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung in das Handelsgesetzbuch bei der Verschiedenheit der deutschen Particularrechte in einzelnen Staaten eine verschiedene Beurtheilung der Frage der Handlungsfähigkeit hervorgerufen würde, je nachdem es sich um ein Handelsgeschäft, um eine Frage des Handelsrechtes oder um ein sonstiges Civilrechtsgeschäft handelte.

Die allgemeine Diction des Art. 4, „wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt" umfaßt auch die Frauen[3]), Personenmehrheiten (Gesellschaften) und juristische Personen. Rücksichtlich der ersteren enthält das H. G. B. in Art. 6 bis 8 specielle Normen.[4]) Insbesondere aber wird durch einzelne Bestimmungen die Stellung der Kauffrau oder Handelsfrau jener des Kaufmannes gleichgestellt (Art. 6 und 9), was mit Rücksicht auf abweichende Bestimmungen der Particularrechte und des gemeinen Rechtes rücksichtlich der Handlungsfähigkeit der Frauen und der ihnen zustehenden Rechtswohlthaten nothwendig war, um den kaufmännischen Verkehr nicht zu beeinträchtigen, zumal in diesen Fällen eine Ergänzung oder ein Ersatz der etwa mangelnden Dispositionsfähigkeit nicht möglich gewesen wäre. Sodann beeinflußt das Band der Ehe die rechtliche insbesondere die vermögensrechtliche Stellung der Frau, so daß das Handelsgesetzbuch auch nach dieser Richtung hin besondere Bestimmungen aufzustellen gezwungen war (Art. 7 und 8 H. G. B., §§. 6 und 52 Einf. Ges.).

Specielle Vorschriften rücksichtlich der Ausübung der Gewerbe selbst stellt die Gewerbeordnung auf. Der Begriff des Kaufmannes als solcher ist von diesen Vorschriften unabhängig. Allein die thatsächliche Ausübung gewisser Geschäfte und Gewerbe erheischt bestimmte Voraussetzungen, welche die Gewerbeordnung feststellt; und insoferne hängt die Frage, wer Kaufmann ist, mit der Frage, wer ein Gewerbe betreiben kann, zusammen, ohne daß aber die von der Gewerbeordnung für den Gewerbebetrieb vorgeschriebenen Erfordernisse zu Essentialien des Kaufmannsbegriffes würden.[5])

II. Abgesehen von diesen allgemeinen im bürgerlichen Rechte und den speciellen im Verwaltungs- und Polizeirechte begründeten Erfordernissen setzt der Verkehr gewisse moralische Eigenschaften eines Kaufmannes

2) Vgl. Behrend H. R. I. §. 33 Zusatz II.

3) Vgl. l. 1 D. de V. S.; verbum hoc „si quis" tam masculos quam feminas complectitur.

4) Vgl. §. 4 des bosn.-herzeg. H. Ges.; im ungar. H. Ges. fehlen diesbezügliche Bestimmungen.

5) Arg. Art. 11 H. G. B. s. Behrend H. R. I. §. 24 S. 98.

voraus, denen, wenn sie auch nicht als Erfordernisse für die juristische Qualification zum Kaufmanne erscheinen, doch auch das Handelsgesetzbuch in seinen Bestimmungen mehrfach Rechnung trägt. Diese Grundtugenden, die der Verkehr von dem Kaufmanne verlangt, sind Wahrheit, Redlichkeit, Pünktlichkeit und Umsicht[6]); sie sind die Grundpfeiler jedes gegenseitigen Verkehres der Menschen, insbesondere aber des geschäftlichen Verkehres. Auf diesen Eigenschaften der Kaufleute beruht das geschäftliche Verhältniß der Kaufleute unter einander sowie das Vertrauen ihrer Kunden; und dieser Erwägung entsprang auch das dem Handelsrechte zu Grunde liegende Princip von Treue und Glaube. Treue in diesem Sinne aber ist Wahrheit und Redlichkeit, und Glaube ist hier Vertrauen in die Wahrheitsliebe und Redlichkeit des Partners. Daß die Zahl der Fälle, in welchen das Gesetz den guten Glauben schützt, eine beschränkte ist, kann nicht als Beschränkung des Principes angesehen werden, sondern nur als Consequenz des Begriffes der bona fides. Diese aber kann nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn dem Theile, der sich auf sie beruft, in keiner Weise ein Zweifel über die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes oder über die Veräußerungsbefugniß seines Compaciscenten u. a. m. auftauchen konnte.[7]) Die Wahrheit und Redlichkeit sind es aber auch, die in den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über Handelsbücher[8]), Firmen[9]) und Handelsregister[10]) u. a. m. Schutz finden. Der redliche Kaufmann kann sich einerseits durch ordnungsmäßig geführte Handelsbücher schützen[11]); die geringste Unregelmäßigkeit und Unwahrheit in der Verfassung eines Handelsbuches nimmt diesem seine Beweiskraft oder beschränkt diese wenigstens (s. unten §. 32).[12]) Und endlich enthält auch das Handelsgesetzbuch mehrfache Vorschriften, welche den säumigen Contrahenten, die verspätete Lieferung, die verspätete Vertragserfüllung treffen, und trägt so der dritten der oben als wünschenswerth bezeichneten moralischen Eigenschaften des Kaufmannes, der Pünktlichkeit, Rechnung.[13])

§. 20.

B. Alter (Minderjährigkeit; Vormundschaft).[1])

Handelsgesetzbuch und Gewerbeordnung enthalten, wie bereits oben (§. 19) erwähnt wurde, keine besondere Bestimmung rücksichtlich des Alters,

---

6) Vgl. Beigel, Die Buchführung nach den gesetzlichen Bestimmungen des deutschen Reiches und des Auslandes (1891) S. IX u. ff.

7) Art 218, 306 ff. H. G. B.; vgl. ungar. H. G. B. §§. 167, 299 u. ff. und bosn. §§. 173, 317 ff.

8) Art. 28—40 H. G. B. u. §§. 19—22 Einf Ges.; vgl. ungar. H. G. B. §§. 25 bis 36 u. bosn. §§. 27—39.

9) Art. 15—27 H. G. B.; ungar. H. G. B. §§. 10—24; bosn. §§. 11—26.

10) Art. 12—14 H. G. B.; ungar. H. G. B. §§. 7—9; bosn. §§. 8—10.

11) Art. 34 H. G. B.; ungar. H. G. B. §. 31; bosn. §. 33.

12) Art. 35 H. G. B.; vgl. ungar. H. G. §. 32; bosn. §. 34.

13) H. G. B. Art. 287—289; 291, 292; 293; 343, 346, 347, 354—358; 375; 95; 220; vgl. ungar. H. G. §§. 281—283; 285, 286; 342 u. 351, 345 Abs. 1, 346, 352—357; 380; 73; 169; bosn. H. G. §§. 301—303; 305; 306; 360 u. 369, 363 Abs. 1, 364, 370—375; 393; 77; 175.

1) Goldschmidt, Universalgesch. I. S. 244; v. Völderndorff in Ende-

mit welchem man sich durch gewerbemäßigen Betrieb von Handelsgeschäften rechtsgiltig verpflichten kann. Es gelten daher diesbezüglich die Normen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes.[2]) Wenn auch erst die Großjährigkeit der Person die volle Handlungsfähigkeit gewährt, so kann doch der Minderjährige, ja selbst der Unmündige Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs sein, wenn nur die mangelnde Handlungsfähigkeit entsprechend ergänzt bezw. ersetzt wird. Diese Ergänzung der mangelnden Willenserklärung und Dispositionsfähigkeit durch die Einwilligung des Vaters, des Vormundes oder der vormundschaftlichen Behörde erfolgt, um den Rechtsgeschäften des Unmündigen oder Minderjährigen Geltung zu verleihen. Diese Einwilligung kann seitens des Vaters und Vormundes auch stillschweigend ertheilt werden und wird generell ein für allemal ertheilt, ohne daß jedes einzelne Geschäft einer speciellen Ermächtigung bedarf. Dies gilt sowohl für die Fortsetzung eines bereits bestehenden — etwa ererbten Gewerbes — durch den Minderjährigen oder Unmündigen, als auch für die Neubegründung eines Handelsgewerbes. Als Kaufmann, als Inhaber des Geschäftes gilt in diesen Fällen immer der Minderjährige, der Unmündige, der mit seinem Vermögen haftet; geklagt aber wird aus solchen Geschäften immer der Vertreter, der Gewalthaber.

Der Vater oder Gewalthaber kann die Zustimmung nicht ohne Grund verweigern, und es würde in Streitfällen die Obervormundschaftsbehörde entscheiden.

Die Volljährigkeit wird in Oesterreich nach §. 21 a. b. G. B. erlangt durch Vollendung des 24. Lebensjahres[3]) oder durch Altersnachsicht. Letztere ist entweder eine ausdrückliche oder eine stillschweigende. Eine ganz besondere Art der stillschweigend ertheilten Altersnachsicht enthält die Bestimmung des §. 252 a. b. G. B., wonach ein Minderjähriger durch Concession einer Handlung oder eines Gewerbes für volljährig erklärt wird. Wenn auch nach Hofd. vom 27. Sept. 1815, Anhang Nr. 37, die politische Behörde hierüber mit der gerichtlichen Personalinstanz des Concessionswerbers Rücksprache zu nehmen hat, so kann doch der Fall eintreten, daß durch einen solchen Act der politischen Behörde Volljährigkeit eintritt, wo es das Gericht nicht will, was jedesfalls als eine Anomalie bezeichnet werden muß.

Die vorstehend entwickelten Grundsätze gelten nicht nur für den minderjährigen Einzelkaufmann, sondern auch rücksichtlich der Theilnahme an einer Handelsgesellschaft als Handelsgesellschafter.

Auch gilt dasselbe von jeder Art von Vormundschaft und Curatel, wie z. B. auch von der Curatel für Geisteskranke, und endlich, da nach dem östr. a. b. G. B. der Vater rücksichtlich der Verwaltung des Vermögens

---

mann's Handb. I. §§. 33—36; Behrend, H. R. I. §. 33.

2) §§. 21; 148—153; 172—178; 187; 243—268; 271, 272; 865, 866 a. b. G. B. Vgl. v. Stubenrauch Comm. z. östr. a. b. G. B. 4. Aufl. von Schuster-Schreiber bei den cit. Paragraphen; Unger System I. §. 37; II. §. 76; Schiffner, Lehrb. des östr. allg. Civilr. I. §. 47 insb. S. 139 u. ff.

3) In Deutschland mit dem vollendeten 21. Lebensjahre (Reichsgesetz v. 17. Febr. 1875).

des Minderjährigen und Unmündigen dem Vormunde gleich gestellt ist, auch von den unter väterlicher Gewalt stehenden Hauskindern.

Der Minderjährige oder Bevormundete, der seinem Vater oder sonst Jemandem im Geschäfte nur behilflich ist, handelt nicht in eigenem Namen und nicht für eigene Rechnung, ist daher nicht Kaufmann. Durch seine Acte wird diesfalls lediglich der Vater oder sonstige Geschäftsinhaber verpflichtet und berechtigt, und es liegt in der Thatsache der Verwendung des Minderjährigen oder Mündels zu solchem Zwecke zugleich die Ermächtigung für ihn, im Namen und für Rechnung seines Vaters oder Principals zu handeln, wie jeder andere in gleicher Weise verwendeter Handlungsgehilfe.

§. 21.

C. Das Geschlecht.[1])

I. Indem das Handelsgesetzbuch in Art. 4 bestimmt, daß als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches anzusehen ist, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, macht es keinen Unterschied rücksichtlich des Geschlechtes; und wenn das Handelsgesetzbuch auch keine Bestimmungen über die Handelsfrauen enthielt, so wäre es doch nach der Fassung des Art. 4[2]) selbstverständlich, daß eine Frau Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches sein kann. Daß das Handelsgesetzbuch in den Art. 6, 7, 8 und 9 dennoch Bestimmungen über die Handelsfrau enthält, hat, wie schon oben bemerkt wurde, seinen Grund darin, daß es die diesbezüglich herrschenden Verschiedenheiten der einzelnen Particularrechte beseitigen und die Handelsfrau in dem ganzen Geltungsgebiete des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches den Kaufleuten gleich gestellt und voll berechtigt wissen wollte.

Die Frau kann gleich dem Manne ein Handelsgewerbe neu begründen oder erwerben, allein oder mit Anderen; sie kann dasselbe selbst oder durch Andere, auch durch ihren Mann betreiben; dagegen genügt es nicht, wenn sie ihrem Ehegatten nur Beihilfe in Ausübung seines Handelsgewerbes leistet (Art. 7) oder bloß als stille Gesellschafterin sich an einem Handelsgewerbe betheiligt.[3]) In dem Falle dagegen, wenn sie ihrem Manne nur Beihilfe im Geschäfte leistet, kann sie eventuell als Handlungsgehilfin oder Handlungsbevollmächtigte oder Procuristin erscheinen und handelt nur im Namen und für Rechnung des Mannes.

II. Die Handelsfrau ist in ihren Rechten und Pflichten vollständig

---

1) Vgl. die mehrerw. Comm. zu Art. 6, 7, 8 und 9 H. G. B.; v. Völderndorff in Endemann's Handb. I. §§. 30—32; Behrend, H. R. I. §§. 34, 35 und rücksichtl. des östr. Rechtes insbes. den Commentar von Brix zu den genannten Artikeln, und v. Stubenrauch, H. R. §. 13. — Vgl. auch Haßlacher, Die Verpflichtungsfähigkeit und Haftung der handeltreibenden Ehefrau (Göttinger Dissert.); ferner Stobbe, Deutsches Privatr. IV. §. 229; Mandry, Civilr. Inhalt der Reichsjustizges. S. 13; Goldschmidt, Universalgesch. des H. R. I. S. 221, 245. — H. G. B. Art. 6—9. Im ungar. H. G. B. fehlen diesbezügliche Bestimmungen, das bosn. H. G. (§. 4) enthält nur solche über die Einwilligung des Ehemannes und die vermögensrechtlichen Verhältnisse.

2) Vgl. oben §. 19 Anm. 3.

3) Protokolle S. 888.

gleichgestellt dem Kaufmanne[4]) (Art. 6), u. z. nicht etwa nur in Beziehung auf die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches; sondern auch über das Handelsgesetzbuch hinaus, so daß ihr auch alle jene Rechte und Pflichten zukommen, welche für die Kaufleute in irgend einem anderen Gesetze festgestellt sind oder in Zukunft werden festgestellt werden[5]), es wäre denn, daß das betreffende Gesetz das normirte Recht oder die festgesetzte Pflicht ausdrücklich auf Kaufleute männlichen Geschlechtes einschränken würde. Die Handelsfrau kann in Handelssachen selbständig vor Gericht auftreten.

Es ist klar, daß diese Gleichstellung der Handelsfrau mit dem Kaufmanne nur innerhalb des Handelsbetriebes Geltung hat, nicht aber außerhalb desselben. Die Handelsfrau erwirbt aber nur so weit die Gleichstellung mit dem Kaufmanne, als dieser als Kaufmann, sie als Handelsfrau in Betracht kommt; eine weitere Wirkung kann dem Art. 6 H. G. B. nicht zukommen; insbesondere will derselbe nicht eine Gleichstellung der Handelsfrau in öffentlichrechtlicher Beziehung mit dem Kaufmanne normiren.

III. Rücksichtlich dieser Gleichstellung der Handelsfrau im Handelsgewerbe mit dem Kaufmanne macht es keinen Unterschied, ob sie ledig oder verheiratet ist. Wohl aber äußert das Eheband seine Wirkung sowohl rücksichtlich der Uebernahme eines Handelsgewerbes durch die Frau als auch in vermögensrechtlicher Beziehung mit Rücksicht auf etwaige Geschäftsgläubiger. Nach Art. 7 des Handelsgesetzbuches kann eine Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein[6]), d. h. ein Handelsgewerbe weder beginnen oder übernehmen, noch ausüben, noch fortsetzen, wenn sie es bereits vor ihrer Ehe ausgeübt.[7]) Die Einwilligung des Ehemannes kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein. Die letztere wird vermuthet, wenn die Ehefrau mit Wissen und ohne Einspruch des Ehemannes Handel treibt. Eine bestimmte Form ist

4) Es kann sich sohin die Frau in Ländern des gemeinen Rechtes nicht auf die ihr zukommenden Rechtswohlthaten (z. B. S. C. Velleianum, Authentica si qua mulier u. a. m.) berufen (Entsch. des R. O. H. G. IX. Nr. 51, S. 171, 172). Für das österreichische Recht kommen diese Rechtswohlthaten der Frauen überhaupt nicht in Betracht.

5) Protokolle S. 16.

6) Diese Bestimmung des Handelsgesetzbuches greift tief ein in einzelne Particularrechte, so auch in das österreichische, das die Freiheit der Ehefrau rücksichtlich ihres Vermögens und ihrer Rechte zu wahren sucht, sie findet aber ihre Begründung in der Erwägung, „daß durch den Handelsbetrieb der Frau das eheliche Leben unter allen Umständen erheblich beeinflußt wird und leicht empfindlich gestört werden kann“ (Behrend H. R. I. S. 175). Schon auf den Nürnberger Conferenzen war seitens Oesterreichs mit Rücksicht auf den Standpunkt des östr. allg. bürgerl. Gesetzbuches (§§. 1233, 1237) versucht worden, die Aufnahme des Erfordernisses des ehemännlichen Consenses in das Gesetzbuch zu verhindern, jedoch ohne Erfolg. Ein in zweiter Lesung aufgenommener Vorbehalt für die Landesgesetzgebung ward in dritter Lesung wieder gestrichen (Prot. S. 18, 890, 892, 4508; v. Hahn Comm. I. zu Art. 7, §. 1). Ebenso scheiterte der später bei den bezüglichen Berathungen im österreichischen Abgeordnetenhause gestellte Antrag auf Aufnahme einer Bestimmung, daß die in Art. 7 des H. G. B. geforderte Einwilligung des Ehegatten vom Gesetze aus für ertheilt anzusehen sei (Stubenrauch l. c. S. 44, Note 1).

7) Siehe Brix, Comm. S. 20.

für diesen Einspruch allerdings nicht vorgeschrieben, doch muß derselbe, um gegen Dritte wirksam zu sein, in möglichst allgemein erkennbarer Weise erhoben werden.[8]) Der mangelnde Consens des Ehemannes kann nach §. 6 des östr. Einf. Ges. zum Handelsgesetzbuche auf Ansuchen der Ehefrau durch das Gericht ersetzt werden, „wenn aus der ämtlich zu pflegenden Verhandlung sich ergibt, daß durch den Handelsbetrieb der Ehefrau die Rechte des Ehemannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt werden.“ [9]) Diese gerichtliche Consenssupplirung gilt aber nicht nur für den Fall der Scheidung oder der Abwesenheit des Ehegatten, sondern auch für den Fall der Verweigerung der Zustimmung seitens des Mannes.[10]) Aber der Richter kann die verlangte Supplirung des Consenses nur gewähren, wenn keine Rechte des Ehegatten gefährdet werden, weder Vermögensrechte noch überhaupt Rechte des Ehegatten.[11]) Competent zur Consenssupplirung ist nicht das Handelsgericht, sondern das ordentliche Gericht des ehemännlichen Wohnsitzes, da es sich ja um eine Frage des Familien- und Eherechtes, nicht aber um eine Handelssache handelt. Das Gericht darf aber nur auf Ansuchen der Ehegattin, nicht von Amtswegen einschreiten und hat sich auch weder das Handelsgericht noch eine andere Behörde von Amtswegen in eine Untersuchung einzulassen, ob die Frau den Consens ihres Mannes eingeholt und erhalten habe, oder nicht, u. z. auch dann nicht, wenn die Frau beim Handelsregister im Sinne des Art. 19 H. G. B. ihre Firma anmeldet; denn das Gesetz vermuthet die Einwilligung, so lange nicht der Ehegatte Einspruch erhebt. Der einmal ertheilte oder als stillschweigend ertheilt vermuthete, oder gerichtlich supplirte Consens wirkt fort, so daß die Ehefrau als Handelsfrau nicht erst zu jedem einzelnen Geschäfte eine besondere Einwilligung des Ehemannes bedarf (Art. 8) und wenn auch das Handelsgesetzbuch darüber nichts bestimmt, so ist es doch im Sinne der bezüglichen Gesetzesstellen gelegen, daß Einschränkungen des Consenses nicht zulässig, daher auch Dritten gegenüber unwirksam, auch nicht in das Handelsregister einzutragen sind, wenn sie angemeldet werden. Der Consens ist nach dem Gesetze allgemein oder gar nicht zu ertheilen.

Sowohl der ertheilte Consens als auch der Einspruch kann vom

---

8) Z. B. durch Inserirung in öffentliche Blätter, insbes. jene, welche das Handelsgericht für seine Verlautbarungen bestimmt, oder durch Circularien (vgl. insbes. v. Hahn, Comm. I. §. 8 zu Art. 7, Behrend, H. R. I. S. 177, besonders Note 6, und Brix, Comm. S. 19), oder auch Schließung des Ladens und diesbezüglichen Anschlag an der Ladenthüre (Prot. S. 888). Die über geschehener Anmeldung des Einspruches beim Handelsregister nach gepflogener Verhandlung mit der Firmainhaberin erfolgte Löschung der Firma genügt nicht, um mit Sicherheit annehmen zu können die Ehefrau habe aufgehört Kauffrau zu sein (v. Hahn, Comm. I. §. 9 zu Art. 7).

9) Nicht so nach deutschem Handelsrechte (Behrend H. R. I. S. 178).

10) Nach dem ursprünglichen Regierungsentwurfe war diese Consenssupplirung nur bei gerichtlicher Scheidung von Tisch und Bett zulässig, während sie jetzt auch in anderen Fällen der mangelnden Willenserklärung auch trotz fortbestehender Gemeinschaft platzgreifen kann (siehe Näheres bei Brix, Comm. S. 19).

11) S. Näheres bei Brix, Comm. S. 20.

Manne widerrufen werden, denn die Ehefrau „kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein"; (Art. 7) die Einwilligung hört aber im Augenblicke des Widerrufes auf, vorhanden zu sein. Der Consens kann nur ausdrücklich widerrufen werden, der erhobene Einspruch aber insofern auch stillschweigend, als der Gatte seine Frau an der Ausübung ihres Handelsgewerbes trotz des seinerzeit erhobenen Einspruches nicht hindert, obgleich er die Möglichkeit dazu hätte.[12])

In der Ertheilung des Consenses liegt für den Ehemann zugleich auch ein Verzicht auf einen Theil der ihm Kraft des bürgerlichen Rechtes in der Ehe zukommenden Vermögensrechte und vermögensrechtlichen Privilegien; denn nach Art. 8 H. G. B. haftet die Ehefrau, welche Handelsfrau ist, „mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch oder die sonstigen, an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemannes. Es haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen, soweit Gütergemeinschaft besteht; ob zugleich der Ehemann mit seinem persönlichen Vermögen haftet, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen." Die Selbständigkeit, welche das Handelsgesetzbuch der Handelsfrau verleiht, bringt es mit sich, daß die verheiratete Handelsfrau mit ihrem persönlichen Vermögen haftet ohne Rücksicht auf etwaige diesbezügliche durch die Ehe begründete Rechte des Ehemannes. Selbst das Dotal- oder Heiratsgut der Ehefrau haftet für ihre Handelsschulden, selbst dann, wenn es nach §. 1227 a. b. G. B. vollständig in das Eigenthum des Mannes übergeht[13]), d. i. wenn es in barem Gelde, in abgetretenen Schuldforderungen oder verbrauchbaren Sachen besteht. Wenn die beiden Ehegatten auf Grund des §. 1233 a. b. G. B. Gütergemeinschaft vereinbart haben, so haftet das gemeinschaftliche Vermögen, dessen Umfang sich nach dem Inhalte des Vertrages bestimmt, für die Handelsschulden der Ehefrau.

In allen diesen Fällen ist die Klage gegen die Ehefrau zu richten, und die Execution in ihr Vermögen oder in das gemeinschaftliche Vermögen ohne Rücksicht auf die diesbezüglich sonst bestehenden Rechte des Ehegatten zu führen (Art. 9 H. G. B.).

Diese Beschränkungen des Ehemannes in seinen Rechten an dem Vermögen der Frau sind begründet in dem Erfordernisse der Sicherheit des Handels und Verkehres, der unter einer beschränkten Dispositionsfähigkeit der Frau leiden würde. Sowie aber die Handelsfrau nur als solche, d. h. nur in handelsrechtlicher Beziehung dem Kaufmanne gleichgestellt wird, so gelten auch diese Beschränkungen der ehemännlichen Rechte gegenüber dem Vermögen der Frau und den ihm mit dieser gemeinschaftlichen Vermögen nur in handelsrechtlicher Beziehung, nur in Betreff der Handelsschulden und Handelsgläubiger der Ehefrau, während anderen Gläubigern gegenüber die Vorrechte des Ehemannes aufrecht bleiben.

---

12) Brix l. c. S. 19.

13) Gerade um auch solche Dotalgüter zu treffen, wurden in zweiter Lesung die Worte „oder die sonstigen an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten" aufgenommen (Prot. S. 891, v. Hahn und Brix, Comm. zu Art. 8).

Mit seinem persönlichen Vermögen haftet nach österreichischem[14]) Rechte der Ehemann einer Handelsfrau nicht.

§. 22.

D. Befugniß zur Ausübung des Handelsgewerbes und des Handelsbetriebes.[1])

I. Während nach dem Handelsgesetzbuch die Befugniß zum Abschlusse einzelner Handelsgeschäfte, sowie zum gewerbemäßigen Betriebe von Handelsgeschäften nur von den oben erwähnten allgemeinen Voraussetzungen der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit abhängig ist, stellt die Gewerbeordnung die Bedingungen auf, unter welchen ein Gewerbe ausgeübt werden kann. Und nur insofern, als die thatsächliche Ausübung eines Gewerbes von der Erfüllung einzelner Bedingungen abhängig ist, bei deren Abgang die Ausübung des betreffenden Gewerbes untersagt oder nicht concessionirt wird, ist die Möglichkeit durch die Ausübung gerade eines bestimmten Gewerbes Kaufmann zu werden, von der Erfüllung der administrativen und polizeilichen Vorschriften der Gewerbeordnung abhängig, ohne daß aber ein Dawiderhandeln der bezüglichen Geschäfte privatrechtlich anfechtbar machen würde.

Die österreichische Gewerbeordnung vom 20. December 1859 (Nr. 227 R. G. Bl.), abgeändert durch die Novelle 15. März 1883 (Nr. 39 R. G. Bl.) unterscheidet zwischen freiem, handwerksmäßigem und concessionirtem Gewerbe. Handwerksmäßige Gewerbe sind nach §. 1 Gew. O. jene, bei denen es sich um Fertigkeiten handelt, welche die Ausbildung im Gewerbe durch Erlernung und längere Verwendung in demselben erfordern und für welche diese Ausbildung in der Regel ausreicht. Bis zur legislativen Feststellung der handwerksmäßigen Gewerbe ist der Handelsminister im Einvernehmen mit dem Minister des Innern ermächtigt, im Verordnungswege die handwerksmäßigen Gewerbe zu bezeichnen. Mit Verordnung des Handelsministers im Einvernehmen mit dem Ministerium des Innern vom 17. Sept. 1883, Nr. 148 R. G. Bl., wurden als handwerksmäßig erklärt die Gewerbe der Anstreicher und Lackirer; der Bäcker;

---

14) Das H. G. B. hatte die Statuirung einer solchen Haftung den Landesgesetzen überlassen (vgl. hierüber Behrend H. R. I. §. 35, S. 190).

1) Seltsam und Posselt, Die östr. Gewerbeordnung; Heilinger, Oestr. Gewerberecht I; Frey und Marsch, Sammlung von Gutachten und Entscheidungen über den Umfang der Gewerberechte (1894); Stbelowsky in Ztschr. f. Oestr. Verwaltung Nr. 4 u. ff. v. 1893; Thaa, Das Hausirwesen in Oesterreich (1884); Jacobi, Die Gewerbegesetzgebung im deutschen Reiche (1874); Seydel, Gewerbepolizeirecht (1881; auch Hirth's Annalen 1881 S. 569 ff.); Marcinowski, Die Deutsche Gew. O. 4. Aufl. (1888); Kayser, Gew. O. f. d. Deutsche Reich (2. Aufl. 1888); Loening, Deutsches Verw. R. §§. 115 bis 126; Lexis im Wörterb. d. deutsch. Verw. R. I. S. 621 ff. — H. G. B. Art. 11, 276; ungar. H. G. §§. 6 und 263; bosn. §§ 7 und 287; Oestr. Gew. O. v. 20. Dec. 1859, Nr. 227 R. G. Bl., sammt Novellen v. 15. März 1883, Nr. 39 R. G. Bl., und Nachträge; Ges. v. 14. Mai 1869, Nr. 63 R. G. Bl., über die Gewerbegerichte; Hausirpatent v. 4. Sept. 1852, Nr. 252 R. G. Bl. — Deutsche Reichs Gew. O. v. 21. Juni 1869, 1. Juli 1883 u. Reichsges. v. 6. Juli 1887 und 1892.

Buchbinder, Futteralmacher, Ledergalanterie- und Cartonagenarbeiter; Bürstenbinder; Drechsler und Meerschaumbildhauer, Pfeifenschneider; Erzeuger musikalischer Instrumente (Clavier, Orgel, Harmonium und dergl.; Blechinstrumente; Flöte, Clarinette, Fagot, Oboe; Violine, Violon, Violoncello; Guitarre, Zither und dergl.); Faßbinder; Feinzeugschmiede, Messerschmiede; Fleischhauer; Fleischselcher; Friseure, Raseure und Perrückenmacher; Glaser; Gold-, Silber- und Juwelenarbeiter; Gold-, Silber- und Metallschläger; Gürtler und Broncewaarenerzeuger; Hafner; Handschuh- und Bandagenmacher; Hutmacher; Kamm- und Fächermacher, Beinschneider; Kleidermacher; Korbflechter; Kürschner; Kupferschmiede; Lebzelter und Wachszieher; Metall- und Zinngießer; Mechaniker (Fein- oder Präcisionsmechaniker) und Optiker; Plattirer; Posamentirer; Rothgärber; Schlosser; Schuhmacher; Siebmacher und Gitterstricker; Sonn- und Regenschirmmacher; Spängler; Tapezierer; Taschner, Riemer, Peitschenmacher, Kappenschneider, Sattler und Pferdegeschirrmacher; Tischler; Uhrmacher; Vergolder; Wagner; Wagenschmiede; Wagensattler; Weißgärber; Ziegel- und Schieferdecker; Zimmermaler; Zuckerbäcker und Kuchenbäcker.

Zum Antritte eines handwerksmäßigen Gewerbes bedarf es nach §. 14 Gew. O. eines Befähigungsnachweises (Lehrzeugniß, Arbeitsbuch).

Als Criterium für die Nothwendigkeit des Erfordernisses der Concession eines Gewerbes dient vor Allem die Rücksicht auf die öffentliche und persönliche Sicherheit, auf Sittlichkeit, Gesundheit, Eigenthum und Vermögen.

Auf Grund dieser Criterien werden in §. 15 der Gew. O. nachstehende Gewerbe als „concessionirte“ (besser als concessionsbedürftige) erklärt:

1. Alle Gewerbe, welche auf mechanischem oder chemischem Wege die Vervielfältigung von literarischen oder artistischen Erzeugnissen oder den Handel mit denselben zum Gegenstande haben (Buch-, Kupfer-, Stahl-, Holz-, Steindruckerei und dergl.; dann Buchhandlungen, einschließlich Antiquarbuchhandlungen, Kunst- und Musikalienhandlungen)[1a]);

2. die Unternehmungen von Leichenanstalten für derlei Erzeugnisse und von Lesecabineten;

3. die Unternehmungen periodischer Personentransportes, sowie

4. die Gewerbe Derjenigen, welche an öffentlichen Orten Personentransportmittel zu Jedermanns Gebrauch bereit halten oder persönliche

1a) Die Photographie gilt als freies Gewerbe, fällt jedoch wegen des preßgewerblichen Charakters auch unter das Preßgesetz (Staatsminist. Erl. v. 27. April 1864 Z. 7352). Heliographie gilt nur dann als Concessionsgewerbe, wenn die Vervielfältigung durch Pressen erfolgt, weshalb in den Gewerbeschein ausdrücklich die Bedingung „ohne Anwendung einer Presse“ aufzunehmen ist (Erl. des Min. d. Inn. v. 12. Febr. 1880 Z. 19223). Die oben unter Nr. 1 angeführten Gewerbe dürfen nach §. 21 Gew. O. in der Regel nur an Orten ausgeübt werden, wo eine politische Bezirks- oder landesfürstliche Polizeibehörde ihren Sitz hat. Dies bezieht sich jedoch nicht auf den ausschließlich auf Schul- und Gebetbücher, Kalender und Heiligenbilder, dann Drucksorten für industrielle Zwecke, als

Dienste (als Boten, Träger und dergl.) anbieten[2]);

5. das Schiffergewerbe auf Binnengewässern[3]);

6. das Baumeister-, Brunnenmeister-, Maurer-, Steinmetz- und Zimmermannsgewerbe;

7. das Rauchfangkehrergewerbe;

8. das Canalräumergewerbe;

9. das Abdeckergewerbe;

10. Verfertigung und Verkauf von Waffen und Munitionsgegenständen[4]);

11. Verfertigung und Verkauf von Feuerwerksmateriale, Feuerwerkskörpern und Sprengpräparaten aller Art;

12. das Trödlergewerbe;

13. das Pfandleihgewerbe;

14. Darstellung von Giften und Zubereitung der zu arzneilicher Verwendung bestimmten Stoffe und Präparate, sowie der Verschleiß beider, insofern dies nicht ausschließlich den Apothekern vorbehalten ist; dann Erzeugung und Verschleiß künstlicher Mineralwässer;

15. die Gast- und Schankgewerbe[6]) einschließlich des durch ein be-

---

Annoncen, Preiscourants u. dergl. beschränkten Handel. Diesen kann nach §. 3 des Preßges. v. 17. Dec. 1862, Nr 6 R. G. Bl, 1863, die Sicherheitsbehörde des Ortes für einen bestimmten Bezirk gegen Widerruf verleihen, und ebenso nach Min. V. O. v. 22. Aug. 1871 Z. 24669 den Verkauf von Bibeln. Den Verkauf periodischer Druckschriften kann nur die politische Landesstelle bewilligen. Marktfahrer dürfen Bücher, Bilder und Preßerzeugnisse überhaupt nur dann feilbieten, wenn sie nebst dem zur Fierantie berechtigenden Gewerbescheine auch mit der Concession zum Handel mit Preßerzeugnissen sich ausweisen können (Erl. des Min. d. Inn. v. 10. Sept. 1874 Z. 13310).

2) Ebenso nach Staats-Minist.-Erl. v. 27. März 1864 Z. 24043. — Hieher gehören auch die Dienstmännerinstitute, für deren Verleihung die nö. Statthalterei unterm 10. März 1862 Z. 10470 eine ausführliche Vorschrift erlassen hat.

3) Die Errichtung von Privat-Ueberfuhrsunternehmungen auf schiffbaren Gewässern unterliegt immer, die Errichtung solcher auf Privat- und anderen öffentlichen Gewässern dann der behördlichen Genehmigung, wenn sie gewerbemäßig betrieben wird (§. 7 des Ges. v. 30. Mai 1869, Nr. 93 R. G. Bl.). Zur Ausübung der Schiffahrt auf der Donau mit österreich. Ruderfahrzeugen und Dampfschiffen bedarf es einer Concession, und zwar für erstere nach der Gew. O., für letztere nach Min. V. O. v. 29. Jänner u. 12. Juli 1858, Nr. 22 u. 108 R. G. Bl. Nicht-österreichische Dampfschiffe und Ruderfahrzeuge sind nach ihrem Heimatsrechte zu beurtheilen (§. 15 Min. V. O. v. 31. August 1874, Nr. 122 R. G. Bl.) und ebenso die Führung von Segel- oder Dampfschiffen auf dem Bodensee (Art. 10 der internat. Schiffahrts-Ordnung vom 22. Sept. 1867, Nr. 19 R. G. Bl. v. 1868).

4) Als Munition gelten auch Bleischrotte, daher deren Verkauf an eine Concession gebunden ist (NÖe. Statth. V. O. v. 12. März 1853 Nr. 69, L. G. B. u. Erl. v. 13. März 1882 Z. 4547).

5) Ein- und Verkauf alten Eisens unter Ausschluß des Handels mit alten Metallgeräthen ist nicht als concessionirtes, und speziell nicht als Trödlergewerbe anzusehen (Erk. d. Verw. G. H. v. 10. März 1882, Z. 483, Budwinski'sche Sammlung Nr. 1337).

6) Näheres hierüber bestimmen die §§. 16 bis einschl. 20 Gew. O., wo insbesondere die einzelnen Berechtigungen, welche das Schank- und Gastgewerbe in sich vereinigen kann, deren jede aber auch

sonderes Gesetz geregelten Ausschankes und Kleinverschleißes von gebrannten geistigen Getränken (Gesetz vom 23. Juni 1881, Nr. 62 R. G. Bl.);

16. Gewerbsmäßige Erzeugung, Verkauf und Ausschank von Kunst- und Halbweinen (Ges. v. 21. Juni 1880, Nr. 120 R. G. Bl., und Min. V. O. v. 16. Sept. 1880, Nr. 121 R. G. Bl.).

17. Ausführung von Gasrohrleitungen, Beleuchtungseinrichtungen und Wassereinleitungen;

18. das Gewerbe der Erzeugung und Reparatur von Dampfkesseln;

19. das Gewerbe der Spielkartenerzeugung;

20. die Ausübung des Hufbeschlages;

21. das Gewerbe der Vertilgung von Ratten, Mäusen, schädlichen Insecten und dergl. durch gifthältige Mittel.

Außerdem gehören zufolge nachträglicher Gesetze oder Verordnungen zu den concessionirten Gewerbe:

22. nach §. 2 des Ges. v. 19. Juni 1896, Nr. 85 R. G. Bl., die Errichtung von öffentlichen Meß- und Wäganstalten;

23. nach Min. Vdg. v. 19. Juni 1866, Nr. 86 R. G. Bl., die Errichtung von öffentlichen Lagerhäusern (Freilagern, Waarenhäusern);

24. nach Verordnung der Ministerien des Handels und des Innern vom 25. März 1883, Nr. 41 R. G. Bl., die gewerbsmäßigen Anlagen zu Zwecken der Erzeugung und Leitung von Electricität.

Alle Gewerbe, welche nicht als handwerksmäßige oder concessionirte Gewerbe erklärt werden, gelten als freie Gewerbe (§. 1 Gew. O.).

Bei freien und handwerksmäßigen Gewerben ist der Unternehmer zur Anmeldung bei der Behörde verpflichtet (§. 11 Gew. O.)[7]), bei concessionirten hat er unter Nachweis der gesetzlichen Erfordernisse um die Concession anzusuchen (§. 22).

Zum selbständigen Betriebe eines jeden Gewerbes ist nach §. 2 Gew. O. in der Regel Eigenberechtigung des Unternehmers erforderlich. Für Rechnung von Personen, denen die freie Vermögensverwaltung nicht zusteht, können Gewerbe nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter und des competenten Gerichtes durch einen geeigneten Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter (§. 55 Gew. O.) betrieben werden. In der Zulassung eines Minderjährigen zu einem selbständigen Gewerbebetriebe liegt zugleich die Erklärung desselben als großjährig. Das vormundschaftliche Gericht hat daher eine solche Bewilligung besonders an Minorenne unter 20 Jahren nur nach sorgfältiger Ueberzeugung von den entsprechenden Eigenschaften der Minderjährigen und Pflegebefohlenen und nur aus rücksichtswürdigen Gründen zu ertheilen (Just. Min. Erl. v. 19. März 1860, Z. 2712). Das Geschlecht begründet keinen Unterschied in Bezug auf die Zulassung zum Gewerbetrieb. Ebensowenig Religion[7]), Nation oder Stand; inwiefern aber Geistliche und Ordens-

---

einzeln verliehen werden kann, sodann Umstände, worauf bei der Concessionsertheilung Rücksicht zu nehmen ist, und endlich die Ausübung dieser Gewerbe durch den Concessionsinhaber bezw. durch einen Stellvertreter erörtert.

7) Ebenso Deutsche Reichsgewerbe-Ordnung §. 14. Alle Beschränkungen

personen, Militärpersonen, landesfürstliche Beamte und öffentlich angestellte Personen von der Ausübung von Gewerben ausgeschlossen sind, überläßt die Gewerbeordnung in §. 4 besonderen Vorschriften.[8]) Juristische Personen können nach §. 3 Gew. O. unter denselben Bedingungen wie Einzeln-Personen Gewerbe betreiben, jedoch nur durch geeignete Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter. Ausländer sind gegen Nachweisung der formellen Reciprocität seitens des Staates, dem sie angehören, in Bezug auf Antritt und Betrieb eines Gewerbes den Inländern gleichgestellt; andernfalls bedürfen sie einer förmlichen Zulassung von Seiten der politischen Landesbehörde (§. 8 Gew. O.).[9]) Mit Ungarn besteht volle Reciprocität: Die Angehörigen des einen Ländergebietes, welche in der anderen Reichshälfte Handel und Gewerbe treiben wollen oder Arbeit suchen, sollen bezüglich des Antrittes, Ausübung und Steuern den Einheimischen gleichgestellt sein (Art. XIV des Zoll- und Handelsbündnisses mit Ungarn). Der Antritt des Gewerbes ist von der Aufnahme in den Verband der Gemeinde, in welcher dasselbe ausgeübt werden soll, unabhängig und ändert nichts an der Gemeindezuständigkeit (§. 7 Gew. O.); es ist jedem Staatsbürger gestattet, an jedem Orte des Staatsgebietes unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig auszuüben (Art. 6 des Ges. v. 21. Dec. 1867 Nr. 142 R. G. Bl.). Vom Antritte eines Gewerbes kann ausgeschlossen werden, wer wegen eines Verbrechens überhaupt, oder wegen eines aus Gewinnsucht oder gegen die öffentliche Sittlichkeit begangenen Vergehens oder wegen einer solchen Uebertretung oder wegen einer Uebertretung nach §. 486 Str. G. B., wegen Schleichhandels oder wegen schwerer Gefällsübertretung verurtheilt wurde, wenn nach der Eigenthümlichkeit des Gewerbes im Zusammenhalte mit der Person des Unternehmers und der von ihm begangenen strafbaren Handlung Mißbrauch zu besorgen wäre. In letzterem Falle ist auch dem Antritte des Gewerbes während der Dauer der Untersuchung nicht stattzugeben (§. 5 Gew. O.). Wer durch ein richterliches oder administratives Erkenntniß von dem Betriebe eines Gewerbes entfernt wurde, ist vom Antritte eines jeden Gewerbes ausgeschlossen, durch dessen Ausübung der Zweck des Erkenntnisses vereitelt würde (§. 6 Gew. O.). Bei Verurtheilung durch ein richterliches Erkenntniß ist die Ausschließung nur für die Dauer der gesetzlichen Straffolgen wirksam[10]); in Fällen ad-

---

in Zulassung der Juden zum Gewerbebetriebe sind aufgehoben und es sind dieselben zur Betreibung aller erlaubten Gewerbsgeschäfte unter den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zuzulassen (Min. Vdg. v. 13. Jänner 1860, Nr. 50 R. G. Bl.).

8) Vgl. rücksichtl. der Militärpersonen oder deren Gattinnen die in der Manz'schen Ausgabe der Gew. O. (Bd. I. der Sammlung) abgedruckten Bestimmungen des J. Min. Erl. v. 7. August 1860, Z. 24692, §. 18 d. Erl. des Min. f. Landesverth. v. 14. Aug. 1871, Z. 8456, Staats-Ministerialerlaß v. 22. April 1864, Z. 4656.

9) Die bezüglichen Normen sind in den einzelnen Handelsverträgen festgesetzt.

10) Dies ist eine specielle strafrechtliche Bestimmung der Gew. O. — In §. 6 der Strafgesetznovelle vom 15. Nov. 1876, Nr. 131 R. G. Bl., betreffend die Ehrenfolge der strafgerichtlichen Verurtheilung findet sich die Ausschließung vom Gewerbe nicht.

ministrativer Erkenntnisse kann von den politischen Landesbehörden die Ausschließung solcher Personen mit Rücksicht auf ihre nachmalige längere tadellose Haltung behoben werden (§. 8 Gew. O.). Bei concessionirten Gewerben ist nebst den erörterten allgemeinen Bedingungen auch noch Verläßlichkeit mit Beziehung auf das betreffende Gewerbe, und bei einzelnen Gewerben (§. 15 Z. 1, 2, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 14, 17, 18, 20, 21) noch eine besondere Befähigung nachzuweisen. Bei Verleihung der oben unter Nr. 1, 2, 3, 4, 7, 9, 12, 13, 15 und 16 angeführten Gewerbe ist überdies auf die Localverhältnisse Bedacht zu nehmen (§. 23 Gew. O.).

Der Gewerbebetrieb mit controlpflichtigen Gegenständen in Grenzbezirken ist an die durch Finanzgesetze vorgeschriebenen Bedingungen geknüpft (§. 10 Gew. O.).

Wenn bei einem Gewerbetreibenden der ursprüngliche und noch fortdauernde Mangel eines der gesetzlichen Erfordernisse nachträglich zum Vorschein kommt, kann jederzeit der Fortbetrieb des Gewerbes untersagt werden. Bei den oben unter Nr. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 13, 15 und 16 angeführten Gewerben kann die Concession auch dann zurückgenommen werden, wenn das Gewerbe binnen 6 Monaten, und bei den Unternehmungen periodischer Personentransporte, wenn das Gewerbe binnen 2 Monaten nach der Ertheilung der Concession nicht in Betrieb gesetzt oder wenn dieser später durch ebenso lange Zeit ausgesetzt wird (§. 57 Gew. O.). Der gleichzeitige Betrieb mehrerer Gewerbe ist nach §. 9 Gew. O. bei Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse gestattet.

Eine besondere Art der Ausübung des Gewerbes ist der Hausirhandel, d. i. der Gewerbebetrieb im Umherziehen von Ort zu Ort, von Haus zu Haus ohne bestimmte Verkaufsstücke[11]) (§. 1 des kais. Patentes vom 4. Sept. 1852, Nr. 252 R. G. B., betr. den Hausirhandel). Auf diesen Gewerbebetrieb finden nach Art. V. lit. g. des Kundmachungspatentes vom 20. Dec. 1859, Nr. 227 R. G. B., nicht die Bestimmungen der Gewerbeordnung, sondern ein Specialgesetz, das oben citirte kais. Patent vom 4. Sept. 1852, Nr. 282 R. G. B., Anwendung. Zur Ausübung des Hausirhandels bedarf es einer besonderen Bewilligung (§. 2 Hausirpat.).[12]) Diese

11) Diese gesetzliche Definition des Hausirhandels schließt eigentlich schon begrifflich die vereinigte Ausübung des Hausirhandels und der Marktfierantie aus. Dieser Grundsatz wurde auch ausdrücklich ausgesprochen in der V. O. des Handelsminist. v. 6. October 1855, Z. 6914, und in Min. V. O. vom 23. Dec. 1881 Nr. 2 R. G. Bl. f. 1852. Erstere V. O. hatte jedoch den Hausirern das Recht eingeräumt, die Jahrmärkte zu besuchen und ihre Waaren selbst auf offenem Stande oder fester Verkaufsstätte während der Dauer des Jahrmarktes unter Beschränkung auf die im Hausirdocumente bezeichneten Waaren und auf die durch §. 16 des Hausirgesetzes festgesetzte Waarenmenge. Diese Bestimmung wurde durch die zweite obcitirte Verordnung aufgehoben. Beim Besuche von Wochenmärkten war den Hausirern schon nach der erstcitirten V. O. nur der Handel von Haus zu Haus erlaubt, nicht aber das Auslegen und Verkaufen der Waaren an festen Standorten, wie Hütten, Buden, Tischen, Eckſteinen oder auf dem Boden u. dgl. — Gegenwärtig (1894) liegt dem östr. Abgeordnetenhause ein Entwurf eines neuen Hausirgesetzes vor.

12) Ebenso bedarf der Hausirhandel in Deutschland der Anmeldung (Art. 14 Reichs Gew. O.).

kann von der politischen Kreisbehörde (d. i. Statthalterei) nur an voll- und eigenberechtigte österreichische Unterthanen im Alter von mindestens 30 Jahren von unbescholtenen Sitten und tadelloser politischer Haltung ertheilt werden. Dieselben dürfen jedoch nicht mit einer auffallend ekelhaften Krankheit oder dergleichen Gebrechen behaftet und nicht wegen Schleichhandel bestraft oder bei einer vorausgegangenen Gefällsuntersuchung nur aus Mangel an Beweisen straflos entlassen worden, oder nicht wegen einer schweren Gefällsübertretung gestraft oder der erhaltenen Bewilligung für verlustig erklärt worden sein (§§. 3 u. 4 Hausirpat.). Ausländer sind von der Zulassung zum Hausirhandel ausgeschlossen.[13]) Personen, welche bereits zur Zeit des Eintritts der Wirksamkeit des Hausirpatentes im Besitze einer giltigen Hausirbewilligung waren, blieb der Hausirhandel bis zum Ablaufe dieser Bewilligung gestattet, nur waren sie an die Bestimmungen des neuen Hausirpatentes gebunden; auch darf bei Erneuerung der Bewilligung von dem vorgeschriebenen Alter abgesehen werden (§. 18 H. P.). In besonderer Berücksichtigung der Nahrungsverhältnisse einiger Gegenden kann nach §. 17 H. P. den Bewohnern derselben die Bewilligung zum Hausirhandel mit gewissen Waaren für das ganze Reich auch vor Erreichung des 30. Lebensjahres ertheilt werden, wenn sie nur 24 Jahre alt und im Vollgenuß der bürgerlichen Rechte sind.[14]) Die Bewilligung des Hausirhandels gilt nur für die im Hausirdocumente (Hausirpaß, Hausirbuch) bezeichnete Person, und es darf dieses Document weder an einen Anderen abgetreten noch auf andere Personen ausgedehnt werden (§. 6).[15]) Die Bewilligung wird stets nur auf ein Jahr ertheilt, ist aber, wenn nicht besondere Gründe zur Abweichung vorliegen, über rechtzeitige d. i. 3 Monate vor Ablauf der Bewilligung gestelltes gehörig adjustirtes[16]) Ansuchen des Hausirers zu verlängern (§. 7). Die ursprüngliche Bewilligung zum Hausirhandel ist auf das Kronland, in welchem sie ertheilt wurde, beschränkt. Doch kann sie mittels Vidirung des Hausirpasses oder -büchels seitens der politischen oder polizeilichen Behörde auch auf Orte in anderen Kronländern ausgedehnt

13) Dieses aus dem Gesetze sich ergebende Verbot wurde neuerdings eingeschärft durch Erl. des Minist. d. Inn. v. 3. Sept. 1870, Z. 13097. — Eben dasselbe bestimmen die einzelnen Handelsverträge.

14) Die so begünstigten Gegenden sowie die in Betracht kommenden Waaren sind sub lit. a bis incl. f in §. 17 des Hausirpatentes aufgezählt und dann fallweise durch Ministerial-Erlässe und -Verordnungen ergänzt worden (s. Manz'sche Ausgabe des Hausirpatentes ad. §. 17; I. Bd. der Sammlung).

15) Nach §. 91 des Ges. v. 9. August 1854, Nr. 208 R. G. Bl., betr. das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, hat das als Verlassenschaftsinstanz berufene Gericht den Hausirpaß eines verstorbenen Hausirers unbrauchbar zu machen.

16) In diesem Gesuche ist stets Tag, Monat und Geschäftszahl der ursprünglichen Bewilligung zum Hausirhandel anzugeben (Abs. 2 des §. 7 des Hausirpatentes). — Interimscertificate für abgelaufene Hausirpässe dürfen nicht ausgestellt werden (Handels-Min. Erl. v. 12. Sept. 1865, Z. 11732). Gegenwärtig findet die Abquittirung der geleisteten Steuerzahlungen im Hausirbuche selbst in der Rubrik „Anmerkung", nicht durch besondere Erwerbsteuerscheine statt (Fin. Min. Erl. v. 12. Nov. 1866, Z. 45565).

werden (§. 9). Auch zur thatsächlichen Ausübung eines bereits bewilligten Hausirhandels bedarf es nach §. 8 Hausirpat. der Vidirung des Hausirdocumentes.[17]) An einzelnen Orten ist das Hausiren überhaupt oder zeitweise untersagt[18]), und zur Ausübung des Hausirhandels im Grenzbezirke bedarf es bei Ertheilung der Bewilligung des Einverständnisses der Finanzbezirksbehörde und der ausdrücklichen Anmerkung der Giltigkeit für den Grenzbezirk im Hausirdocumente (§. 11). Jedoch gilt eine solche Bewilligung nur für jenes Kronland, in welchem der Hausirer seinen festen Wohnsitz hat, und darf auf das Grenzgebiet eines anderen Kronlandes nicht ausgedehnt werden (Fin. Min. Erl. v. 31. Mai 1857, Z. 8936).[19]) Gegenstand des Hausirhandels können nur inländische Waaren sein (§. 12)[20]), die mit dem Stempel und den Bezugsausweisen versehen sein müssen. Jedoch sind vom Hausirhandel nach §. 12 ausgeschlossen:

1. Material- und Spezereiwaaren, destillirte Oele,
2. alle zum Getränke dienenden Flüssigkeiten,
3. Zucker, Zuckerwerk, Chokolade, Lebkuchen und überhaupt alle Leckerbissen,
4. Salben, Pflaster und überhaupt alle einfachen und zusammengesetzten Arzneien für Menschen und Thiere;

Der Hausirer hat ohne Rücksicht auf eine etwa kürzere Dauer der Hausirbewilligung stets den ganzjährigen Betrag der Erwerbsteuer auf einmal in vorhinein zu bezahlen.

17) Nach Hand. Min. V. O. v. 6. Oct. 1855, Z. 6914, ist die Vidirung des Hausirpasses bei der polizeilichen Behörde, in Ermangelung einer solchen bei der politischen und nur beim Abgange beider in Städten und Märkten bei der Gemeindevorstehung zu erwirken. Die Verpflichtung, das Hausirdocument vidiren zu lassen, trifft jeden Hausirer, welcher einen Ort betritt, sei es um daselbst zu hausiren, sei es um denselben bloß durchzupassiren. Nur dann ist der Hausirer dieser Verpflichtung enthoben, wenn er ein Dorf betritt, wo sich eine landesfürstliche polizeiliche oder politische Behörde nicht befindet. Nach Min. V. O. v. 23. Dec. 1881, Nr. 2 R. G. B. f. 1882, ist in dem Bezirke der politischen Gewerbebehörde (Bezirkshauptmannschaft) der Hausirpaß zwar von der Vidirung durch die Bezirksbehörde selbst befreit, muß aber in anderen Städten und Märkten des betreffenden Bezirkes in Gemäßheit des §. 8 des Hausirpat. vidirt werden.

18) In Budapest, Preßburg, Klausenburg, Oedenburg und Raab ist der Hausirhandel nur den in §. 17 des Hausirpatentes bezeichneten Personen gestattet (Ministerial- V. O. v. 3. Oct. 1853, Nr. 194 R. G. B., Erlässe des Ministeriums des Innern vom 5. April 1879, Z. 4176, 4. Dec. 1879, Z. 16061 und 17062, und 12. Juni 1880, Z. 5715). Für Karlsbad, Teplitz, Schönau i. B., Marienbad, Franzensbad, Baden b. Wien, Ischl, Gmunden, Hall, Aussee u. Gleichenberg gilt dasselbe für die Curzeit, d. i. vom 15. April, bezw. 1. Mai oder 1. Juni bis 30. September, oder 1. bezw. 15. Oct. jedes Jahres (Min. V. O. v. 26. Dec. 1881, Nr. 4 R. G. B. f. 1882).

19) Bloß den in §. 17 des Hausirpatentes und den darauf bezüglichen V. O. (siehe Manz'sche Gesetzessammlung bei §. 17 Hausir-Pat.) genannten begünstigten Personen steht der Hausirhandel in Grenzbezirken aller Kronländer frei, auch wenn das Hausirdocument nur auf das innere Zollgebiet lauten sollte (Fin. Min. Erl. v. 31. Mai 1857, Z. 8936).

20) Ausgenommen von diesem Verbote sind die Bewohner des Bezirkes Cubar rücksichtlich des Handels mit rohen Korallen (Min. V. O. v. 24. Juni 1858, Nr. 98 R. G. B.).

5. alle Gifte[21]);
6. Quecksilber und Spießglanz;
7. alle Präparate aus Quecksilber, Spießglanz und Blei;
8. alle Knallpräparate;
9. alle Mineralsäuren;
10. Edelsteine, Gold und Silber, sowohl neu als alt, gebrochen, verarbeitet oder unverarbeitet, geprägt oder ungeprägt, in Erzen oder ausgeschmolzen; Scheidemünzen aus was immer für Metallen;
11. Kirchengefäße und Paramente;
12. Militärmonturstücke und Waffen aller Art;
13. Lotterielose und ähnliche Antheilscheine an einem Glücksspiele[22]);
14. literarische und artistische Werke, wie Bücher, Lieder, Kalender, Bilder, Statuen, Büsten[23]);
15. Gegenstände eines Staatsmonopols.

Außerdem sind ausgeschlossen:

16. durch Min. Erl. v. 24. Oct. 1858, Z. 16855, Essig[24]);
17. durch §. 10 des Ges. v. 15. April 1881, Nr. 43 R. G. B., Spielkarten.

Die Mitte zwischen dem stehenden Handel und dem Hausirhandel bildet der Markthandel. Freilich erscheint dem stehenden Kaufmanne gegenüber der Marktfahrer, Fierant, Meßgast (in Süddeutschland „Dult-

21) Der Hausirhandel mit Giften aller Art wird nach §. 364 Str. Ges. als Uebertretung mit Verlust des Hausirrechtes und der Giftwaaren, und wenn er längere Zeit betrieben oder Schaden verursacht wurde, mit strengem Arrest bis zu 6 Monaten bestraft.

22) Dieses auch durch die Gefällsvorschriften sanctionirte Verbot bezieht sich nicht nur auf die eigentlichen Hausirer von Profession, sondern auch insbesondere auf das Herumtragen von Losen von Haus zu Haus (Fin. Min. Erl. v. 30. Mai 1857, Nr. 103 R. G. B.). Ebensowenig dürfen Hausirer Promessen auf Lose oder Lospartiale auf Raten verkaufen, Verkaufsurkunden über solche Geschäfte ausfolgen, oder zu solchen Geschäften einladen (§. 4 d. Ges. v. 30. Juni 1878, Nr. 90 R. G. B.).

23) §. 23 des Preßgesetzes verbietet das Hausiren mit Druckschriften aller Art, d. i. mit allen Erzeugnissen des Geistes und der bildenden Künste, welche durch Buch-, Stein-, Metall- oder Holzdruck, durch Prägung oder Abformung oder sonstige mechanische und chemische Mittel vervielfältigt sind, und bestraft es als Uebertretung mit einer Geldstrafe von 5 bis 200 fl. und Saisirung der bei ungesetzlicher Verbreitung ergriffenen Schriften. Ausnahmen bestehen nur für den Hausirhandel mit auf Glas gemalten Heiligenbildern, Abbildungen von Vögeln mittels auf Papier aufgeklebten natürlichen Federn, für den Verschleiß des croat. Kalenders „Sostar“ durch Hausirer in Croatien-Slavonien, für den Hausirhandel mit Heiligenbildern und erlaubten Gebetbüchern durch Bewohner der Valsugana in Südtirol, unter Beschränkung auf ganz verläßliche, politisch und moralisch unbedenkliche Personen, die der polizeilichen Aufsicht zu unterziehen sind (Min. V. O. v. 14. Mai 1857, Nr. 97 R. G. B., Min. V. O. v. 17. Dec. u. 11. Nov. 1858, Nr. 241 u. 209 R. G. B.).

24) Ausnahmsweise wird den Bewohnern von Mune velike (Groß-) und Mune mala (Klein-Mune) sowie der Ortschaft Zejane des politischen Bezirkes Volosca im Küstenlande der Hausirhandel mit ihren Essigproducten gestattet, wenn deren Erzeugung vorschriftsmäßig vorgenommen und durch Gemeinde- bezw. Staatsorgane entsprechend überwacht wird, und der Essig, ehe er in den Verkehr gelangt, untersucht und in sanitärer Beziehung als zulässig erklärt wird (Hand. Min. Erl. v. 5. Sept. 1877, Z. 26944 u. Ges. v. 30. April 1870, Nr. 68 R. G. Bl.).

fierant") als Hausirer, der nur zum Verkauf für kurze Zeit nach dem Marktort kommt, um wieder fortzugehen, allein während der Markt= oder Messedauer zieht er nicht umher, sondern verkauft in einem bestimmten für die Marktperiode gemietheten Locale.[25]) An sich ist Jedermann, der überhaupt berechtigt ist, Rechtsgeschäfte abzuschließen, auch berechtigt, die Märkte (Haupt= oder Jahrmärkte und Wochenmärkte) mit allen im Verkehr gestatteten Waaren zu beziehen, insoweit diese nach der Gattung des Marktes zum Verkehre auf demselben zugelassen sind (§§. 62, 65, 66, 67 Gew. O.); nur Waaren, deren Verkauf an eine Concession gebunden sind, können jedoch auch auf Märkten nur von den mit der bezüglichen Concession versehenen Gewerbsleuten feilgeboten werden (§. 62 Gew. O.). Wer aus dem Beziehen von Märkten ein selbständiges Gewerbe macht (Fierant, Marktfahrer), hat dies nach §. 11 Gew. O. anzuzeigen (§. 63 Gew. O.). Im Verhältnisse zu Ungarn gilt der Grundsatz, daß die Angehörigen des einen Ländergebietes bezüglich des Markt= und Meßverkehrs in dem anderen Ländergebiete den Einheimischen völlig gleichgestellt sind (Art. XIV. des Ges. v. 27. Juni 1878, Nr. 62 R. G. B.). Ausländer stehen nach §. 64 Gew. O. den Inländern gleich, sofern nicht aus Reciprocität Anderes bestimmt ist.[26]) Im Betriebe der Marktgeschäfte stehen allen Marktbesuchern die gleichen Rechte und Befugnisse zu (§. 68 Gew. O.). Wenn die örtlichen Gewohnheiten und Bedürfnisse dafür sprechen, dürfen bei Wochenmärkten Einrichtungen getroffen werden, wonach die ersten Stunden des Marktes für die Einkäufer im Kleinen rücksichtlich des Lebensmittelein= und =verkaufes vorbehalten werden (§. 68 Gew. O.). Die Einzelnheiten über den Marktverkehr nebst dem Marktgebührentarif enthalten die Marktordnungen (§. 70 Gew. O.); auch bestehen besondere Bestimmungen darüber, wie von den Gemeinden die Berechtigung zur Abhaltung von Märkten erworben wird und welche Rücksichten bei solchen Bewilligungen zu beobachten sind (§. 71 Gew. O.).[27])

II. Ferner wird der allgemeine Grundsatz der Gewerbefreiheit rücksichtlich der Objecte des Verkehrs und des Gewerbetriebes durch Monopole, Regalien, Privilegien, Veräußerungsverbote oder durch Ein= und Ausfuhrverbote beschränkt.

III. Aus subjectiven Gründen hat das Handelsgesetzbuch die Befugniß zum Abschlusse von Handelsgeschäften und zum Betriebe eines Handelsgewerbes in einzelnen Fällen eingeschränkt. So dürfen nach Art. 56[28]) H. G. B. der Procurist und der Handlungsbevollmächtigte, nach Art. 59[29]) der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Principals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handels=

25) v. Völderndorff in Endemann's Handbuch des H., S. u. W. R. I. S. 180 Note 52.

26) Die näheren diesbezüglichen Bestimmungen finden sich in den einzelnen Handelsverträgen.

27) Vgl. zu Abschn. I. des Textes insbes. noch v. Weigelsperg, Compendium der auf das Gewerbewesen bezugnehmenden Ges. V. O. und sonstigen Vorschriften. 3. Aufl. (1894) S. 1—53.

28) Ung. H. G. §. 53; bosn. §. 55.

29) Vgl. ungar. H. G. B. §. 59 Z. 2, bosn. §. 63 Z. 2.

geschäfte machen. Ebenso ist es nach Art. 69 Z. 1 (nach Fassung des Gesetzes betr. die Handelsmäkler oder Sensale vom 4. April 1875, Nr. 68 R. G. B.) den Mäklern untersagt für eigene Rechnung, sei es unmittelbar oder mittelbar, oder als Commissionäre Handelsgeschäfte zu machen. Endlich verbietet Art. 96[30]) dem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ohne Genehmigung der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen oder an einem anderen gleichartigen Handelsgeschäfte theilzunehmen. Eine Genehmigung der Theilnahme an einer solchen Handelsgesellschaft ist schon dann anzunehmen, wenn diese Theilnahme den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt war und nicht ausdrücklich bedungen worden war, daß jener Gesellschafter die Theilnahme an der gleichartigen Gesellschaft aufgebe. In allen diesen Fällen handelt es sich aber nicht um durch das Civilrecht bedingte Verbote, sondern sie haben mehr den Charakter disciplinarer Verbote, die sich einerseits aus dem Abhängigkeitsverhältnisse zum Principale, andererseits aus dem Gesellschaftsbande ergeben.

§. 23.

4. Rechte und Pflichten des Kaufmannes in Ausübung seines Handelsgewerbes.

A. Rücksichtlich des Handelsgeschäftes.[1])

I. Die gewerbliche Thätigkeit des Kaufmannes in ihrer Gesammtheit stellt sich nach außen hin als dessen Geschäft (Handelsgeschäft im weiteren Sinne) dar. Unter letzterem Ausdrucke wird aber auch die Gesammtheit aller Gegenstände und Hilfsmittel der gewerblichen Thätigkeit, kurz das ganze Handlungsvermögen verstanden, während in einem anderen, engerem Sinne wieder das Wort „Handelsgeschäft" oder „Geschäft" „die Verbindung derjenigen äußerlich sichtbaren Hilfsmittel bezeichnet, welche zur Ausübung des Kaufmannsgeschäftes dienen"[2]), auch „Etablissement"[3]) genannt. Im Handelsgesetzbuche bedeutet das Wort „Handelsgeschäft" in den einschlägigen Artikeln 22, 23, 24 den „Inbegriff aller Rechtsverhältnisse ....., welche mit dem Betriebe des Handelsgewerbes in Beziehung stehen, darunter namentlich die Activ- und Passivforderungen aus Handelsgeschäften, das Eigenthum an den vorhandenen Waaren als Objecten beabsichtigter Handelsgeschäfte, und an Gegenständen, die zur Benutzung beim Handelsbetrieb bestimmt sind, sowie an den über frühere Handelsgeschäfte aufgenommenen Urkunden, den Handelsbüchern mit den dazu gehörenden Belegen. Ferner kann dazu gerechnet werden Eigenthum und dingliches Recht an den Handlungs-, namentlich Fabrikslocalitäten

30) Ung. H. G. §. 74; bosn. §. 78.

1) Behrend H. R. I. §. 37, v. Völderndorff in Endemann's Handb. f. H. u. W. R. §. 40. Endemann, H. R. §§. 18 u. ff.

2) v. Völderndorff im Handb. I. §. 40.

3) v. Völderndorff a. a. O. I. §. 40, Note 3, wo auch „Etablissement" im obigen Sinne des deutschen Sprachgebrauches vom französischen „Etablissement", das in erster Linie Etablirung bezeichnet, geschieden wird.

oder die obligatorischen Rechte in Bezug auf dieselben".[4]) Das Etablissement kann einen besonderen Namen haben (z. B. „zur goldenen Birne"), der verschieden ist von der Firma als dem Namen, unter welchem der Kaufmann sein Geschäft betreibt (siehe hierüber unten S. 73 ff.).

II. Wie sachlich das Handelsgeschäft in diesem Sinne die äußere erkennbare Erscheinungsform der gewerbemäßigen kaufmännischen Thätigkeit ist[5]), so erscheint der Kaufmann in seiner Eigenschaft als Inhaber eines bestimmten Handelsgeschäftes nach außen hin als Träger des Handelsgewerbes, d. i. als Principal.[6]) Sowohl eine physische als eine juristische Person kann Principal sein, und es kann die Principalschaft mehreren (physischen oder juristischen) Personen zustehen, sowie auch eine (physische oder juristische) Person gleichzeitig Principal mehrerer Handelsgeschäfte sein kann. Da nur ein Kaufmann Principal im Sinne des Handelsgesetzbuches sein kann[7]), so decken sich zumeist die Rechte und Pflichten des Principals mit jenen des Kaufmannes. Nach außen hin erscheint der Principal als der unbeschränkt Haftende für die während der Dauer seiner Principalschaft contrahirten Geschäftsschulden. In dieser unbeschränkten und principialen Haftung für die erwähnten Geschäftsschulden liegt auch das Criterium für die Principalschaft bei den Handelsgesellschaften. Dem Hilfspersonale des Geschäftes (Handlungsgehilfen, Procuristen, Handlungsbevollmächtigten) gegenüber erscheint der Principal als Herr des Geschäftes, was eben nur die Folge seiner Stellung als Geschäftsinhaber und seiner unbeschränkten Haftpflicht ist. Diese unbeschränkte Haftung des Principals bringt es auch mit sich, daß beim Einzelkaufmanne weder zwischen der Geschäftsmasse und dem sonstigen Privatvermögen noch zwischen den Massen zweier oder mehrerer Geschäfte des Principals unterschieden wird.[8]) Wie weit der einzelne Gesellschafter einer Handelsgesellschaft haftet bezw. ob nur das Gesellschaftsvermögen oder auch das Privatvermögen aller oder einzelner Gesellschafter haftet, ist nach den einzelnen Gesellschaftsformen verschieden, ja ein unterscheidendes Criterium derselben.[9])

III. Der Kaufmann kann kraft seiner Stellung als Geschäftsinhaber sein Geschäft veräußern, vermachen, verpachten, verpfänden, sowie einem Anderen Nießbrauch an dem Geschäfte gewähren. Welche der oben genannten Bestandtheile des Handelsgeschäftes hiebei von einer Rechtsveränderung betroffen werden, ist Thatfrage; es kommt hier lediglich auf den Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäftes an. So kann sich der Veräußerungsvertrag auf das ganze Handelsgeschäft als den Inbegriff des ganzen Handelsvermögens beziehen, oder auch nur auf einzelne Theile desselben, z. B. nur auf das gesammte Activvermögen oder auf Theile desselben. Es steht den Parteien frei, den Gegenstand ihres Vertrages nach

4) v. Hahn, Comm. (4. Aufl.) I. §. 2 zu Art. 22. [Handb. I. §. 40.

5) v. Völderndorff in Endemann's

6) Behrend, H. R. I. § 37; das H. G. B. gebraucht in Art. 41 „Eigenthümer einer Handelsniederlassung" und im Abschnitte über die stille Gesellschaft „Inhaber des Handelsgewerbes" gleichbedeutend mit Principal. (Behrend H. R. I. §. 37, Note 9.)

7) Behrend H. R. I. §. 37 Note 9 und §. 24 und Note 8 ebendort.

8) Behrend H. R. I. §. 37 Note 6.

9) Siehe unten §. 46.

Belieben zu begrenzen, ohne daß diesbezüglich eine durchschlagende Regel aufgestellt werden könnte. Ob zur Uebertragung der Rechte des Veräußerers auf den Erwerber der bloße Veräußerungsvertrag genügt, richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte. Nach österreichischem bürgerlichen Rechte genügt bei einem Waarenlager die Uebergabe durch Zeichen, (§. 427 a. b. G. B.) d. h. durch Uebergabe der Urkunden, durch welche das Eigenthum dargethan wird. Durch Abschluß des Veräußerungsvertrages verpflichtet sich der Verkäufer den Käufer in den Stand zu setzen, die veräußerten Gegenstände, im vorliegenden Falle das veräußerte Geschäft, in Besitz zu nehmen. Dies geschieht bei Mobilien durch wirkliche oder durch symbolische Uebergabe (§§. 426, 427 a. b. G. B.), bei unbeweglichen Sachen durch Eintragung des Erwerbsactes in das Grundbuch. (§. 431 a. b. G. B.) Rücksichtlich der Passiva übernimmt der Käufer die Verpflichtung den Veräußerer schadlos zu halten, wenn die Geschäftsgläubiger sich an diesen als den ursprünglichen Schuldner, in dessen Rechte und Pflichten der Erwerber trat, wenden.[10]) Den Geschäftsgläubigern steht das Recht sich unmittelbar an den neuen Erwerber zu halten nur dann zu, wenn dieser eine diesbezügliche verpflichtende Erklärung in geschäftsüblicher Weise[11]) abgegeben hat. Die Uebertragung eines Handelsgeschäftes unter Lebenden oder von Todeswegen schließt aber den Uebergang des Rechtes auf die bisherige Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz nur dann in sich, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben oder die etwaigen Miterben in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwilligen (Art. 22 H. G. B.)[12]), und das bestehende Handelsgeschäft selbst, nicht bloß einzelne Eigenthumsobjecte desselben übernommen werden. (Adler-Clemens, Entsch. III. Nr. 439.)[13]) Die Veräußerung der Firma als solcher abgesondert vom Geschäfte, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig (Art. 23 H. G. B.)[14]), wohl aber kann umgekehrt das Geschäft ohne Firma veräußert werden. Was den Uebergang der Rechte

10) Behrend, H. R. I. §. 37 Note 18a.

11) Behrend H. R. I. §. 37, Note 20a. — Rücksichtlich der Haftung für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten s. Regelsberger in Ztschr. f. H. R. XIV. S. 1 ff; Simon ebenda XXIV. S. 91 ff.; Busch in s. Arch. I. S. 25 ff.; Rünger, Haben Erwerb und Fortführung einer Firma den Uebergang der Schulden und Forderungen zur Folge? (Greifswalder Diss. 1881); M. v. Kampe, Verkauf einer Firma (Göttinger Diss.); Seligstein, Haftung des Uebernehmers eines Handelsgeschäftes für die vor der Uebernahme entstandenen Handelsschulden (1894); K. Adler im Arch. f. bürg. R. III. S. 1—31, insbes. S. 13 ff.

12) Ung. H. G. §. 12; bosn. §. 13; vgl. Adler-Clemens III. Nr. 319; VI. Nr. 971. Die Fortsetzung einer bereits gelöschten Firma durch einen neuen Geschäftsinhaber mit einem das Nachfolgerverhältniß bezeichnenden Zusatze wurde selbst mit Zustimmung des Inhabers der früheren Firma nicht zugelassen (A.-Cl. VI. Nr. 986), auch nicht die Fortsetzung einer Firma in Liquidation (VII. Nr. 1209). — Die Fortführung einer nicht protokollirten Einzelfirma durch zu einer Gesellschaft vereinigte Geschäftsnachfolger wurde als zulässig erkannt. (A.-Cl. II. Nr. 226.)

13) Vgl. Adler-Clemens, VI. Nr. 1019.

14) So auch Adler-Clemens VII. Nr. 1209; VIII. Nr. 1358; deutsches R. O. H. G. VI. S. 247, R. G. IX. S. 1 ff. Durch diese Bestimmung soll verhindert werden, „daß der bloße Geschäftsname ohne die reellen Grundlagen des Ge-

und Pflichten des bisherigen Firmainhabers auf den Firmaerwerber betrifft, so gilt hier dasselbe wie für die Veräußerung des Geschäftes ohne Firma, so auch insbesondere rücksichtlich der Stellung des Firmaerwerbers zu dritten Personen (Schuldnern und Gläubigern). Nur das Recht auf das Waarenzeichen[15]) geht von selbst auf den Firmaerwerber über.

Dasselbe wie von der Veräußerung eines Handelsgeschäftes gilt auch von dem Vermächtnisse eines Handelsgeschäftes.

Wie der Käufer nicht das Handelsgeschäft als Sachgesammtheit, sondern die Summe der Rechte und Pflichten des bisherigen Geschäftsinhabers rücksichtlich der einzelnen zu der veräußerten Vermögensmasse gehörigen Objecte erwirbt, so stehen auch dem Nießbraucher eines Handelsgeschäftes alle Nießbrauchrechte an allen einzelnen zu dem überlassenen Handelsgeschäfte gehörigen Objecte zu.[16]) Der Nießbraucher wird Principal des Handelsgeschäftes für die Dauer seines Nießbrauches, und für seine Rechnung findet während dieser Zeit der Geschäftsbetrieb statt. Er haftet daher für die während seines Nießbrauches begründeten Geschäftsschulden. Für die vorher entstandenen Geschäftsschulden haftet er nur dann unmittelbar den Gläubigern, wenn sich der Nießbrauch auf das gesammte active und passive Vermögen bezieht, d. h. wenn er die Verpflichtung, auch für diese Schulden zu haften, ausdrücklich mittels einer in geschäftsüblicher Weise veröffentlichten Erklärung übernommen hat.

Bei der Verpachtung eines Handelsgeschäftes gilt rücksichtlich des objectiven Umfanges dasselbe, wie bei der Veräußerung und der Ueberlassung eines Handelsgeschäftes zum Nießbrauche. Jedoch ist bei der Verpachtung eines Handelsgeschäftes rücksichtlich der Rechte des Pächters auf die einzelnen Gegenstände zu unterscheiden zwischen Gegenständen, die nach Ablauf der Pachtzeit vom Pächter in Natur zurückzustellen sind, und solchen, bei denen eine Rückgabe in Natur nicht beabsichtigt ist. Bezüglich ersterer tritt ein reiner Pachtvertrag ein (§§. 1091 u. ff. a. b. G. B.), bezüglich letzterer, an welchen der Pächter ein dingliches Recht nicht erwirbt, trägt die Verpachtung den Charakter einer locatio conductio irregularis.[17])

Ebenso kann der Umfang der Verpfändung eines Handelsgeschäftes je nach den Intentionen der Parteien verschieden sein, und sich entweder auf das ganze Activvermögen oder auf den Waarenvorrath beziehen. Die Realisirung des Pfandrechtes kann durch Verkauf des ganzen Handels-

---

werbetriebes zum Gegenstande der Veräußerung gemacht und zu Täuschungen des Publicums mißbraucht werde" (Behrend H. R. I. §. 37). Es muß das Geschäft als solches veräußert worden sein. Es kann daher, wenn lediglich die Geschäftsutensilien einer Concursmasse verkauft werden, weder von Seite der Concursmasse-Verwaltung noch von Seite des Cridatars die Einwilligung zur Weiterführung der bisherigen Firma mit Rechtswirksamkeit ertheilt werden. (Adler-Clemens VII. Nr. 1171.) In den Handelsgesetzbüchern für Ungarn und für Bosnien-Herzegowina fehlen derartige Bestimmungen.

15) Siehe unten §. 26.

16) Vgl. hierüber Behrend H. R. §. 37; Hanausek, Zur Lehre vom Nießbrauch S. 154 u. ff.

17) Behrend, H. R. §. 37, Note 28; R. O. H. G. XXI. S. 305 ff.

geschäftes als solchen oder auch einzelner Bestandtheile desselben unter Berücksichtigung des Interesses des Schuldners erfolgen.[18])

IV. Der Kaufmann beginnt seine gewerbliche Thätigkeit mit der Eröffnung des Geschäftes (Etablirung), indem er entweder ein Handelsgeschäft (Etablissement) errichtet oder ein bereits bestehendes erwirbt, was er dem Publicum und der Geschäftswelt in geschäftsüblicher Weise, z. B. durch Circularien, Adreßkarten, Anzeigen in öffentlichen Blättern u. dergl., bekanntgibt. Diesen Act der Etablirung nennt man auch Handelsniederlassung, mit welchem Worte aber auch das von einem bestimmten örtlichen Mittelpunkt aus betriebene Geschäft (Art. 41 H. G. B.)[19]), zumeist jedoch „der örtliche Mittelpunkt für den Betrieb eines Handelsgewerbes“[20]) (H. G. B. Art. 19, 324, 325, 342)[21]) d. i. der „Sitz des Geschäftes“ bezeichnet wird. Jedes Geschäft kann nur einen Sitz haben; jedoch kann ein und derselbe Kaufmann mehrere von einander getrennte Handelsniederlassungen haben. Diese sind entweder unabhängig von einander, jede für sich selbständig, mit gleicher oder verschiedener Firma, oder es können auch eine oder mehrere Handelsniederlassungen als Zweigniederlassungen (Filialen, Succursalen, Commanditen) zwar als selbständig für sich bestehende Geschäfte erscheinen, doch insofern von einer anderen Niederlassung, d. i. der Hauptniederlassung, geschäftlich abhängig sein, als sie vermöge der ihnen durch den Principal gegebenen Bestimmung deren geschäftlichen Zwecken dienen[22]); oder endlich kann ein Etablissement (Neben- oder Hilfsetablissement) äußerlich und innerlich in dem Hauptgeschäfte, dessen Bestandtheil es bildet, aufgehen, indem es entweder nur dem Betriebe des Handelsgewerbes, nicht aber dem Abschlusse von Handelsgeschäften, oder nur zur Vorbereitung, Vermittelung, Ausführung der von der Hauptniederlassung zu schließenden oder geschlossenen Geschäfte dient.[23]) Ob nun zwei mit einander in keinem geschäftlichen Zusammenhange stehende Hauptetablissements, oder ein Zweig- oder ein Neben-(Hilfs-)Etablissement vorliegen, ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen und zu entscheiden.[24])

Was speciell die Zweigniederlassung[25]) betrifft, so wird ihr Verhältniß zur Hauptniederlassung von Behrend (Handelsrecht I. §. 38, S. 222) treffend dem Verhältnisse der Pertinenz zur Hauptsache verglichen. Sie dient den Zwecken der Hauptniederlassung, ohne ihre selbständige Existenz zu verlieren, ist selbst Handelsniederlassung und kann auch dann noch fortbestehen, wenn die Hauptniederlassung wegfällt. Sie hat in der

18) Vgl. L. 34 de pign. 20, 21; Behrend H. R. §. 37, Note 30; Windscheid, Pandecten §. 237, Note 12.

19) Ung. H. G. §. 37; bosn. §. 40. Nach Prot. S. 920 ist der Ausdruck Handelsniederlassung für das von einem örtl. Mittelpunkte aus betriebene Geschäft selten.

20) Behrend, H. R. I. §. 38. (S. 220.)

21) Ung. H. G. §§. 16, 322, 324; bosn. §§. 18, 338, 340.

22) Behrend H. R. I. §. 38. S. 223.

23) Behrend H. R. I. §. 38. S. 224.

24) R. O. H. G. XIV. S. 402, XIX. S. 260. — Nach einem in der Norddeutschen Allg. Ztg. v. 17. Mai 1894 publ. Erk. des D. R. G. ist zwischen Zweigniederlassung und dauernder Vertretung zu unterscheiden.

25) Vgl. Brendel in Gruchots Beitr. XXXIII. S. 213 ff.

Regel mit der Hauptniederlassung die gleiche Firma, muß sie aber nicht haben (arg. Art. 21).[26]) Die Zweigniederlassung begründet in Angelegenheiten, die sich auf sie beziehen, eine specielle Gerichtscompetenz (§. 26 Civ. Jur. Dict. Norm).

§. 24.

B. Rechte und Pflichten des Kaufmannes rücksichtlich der Firma.

a) Bedeutung, Wesen und Arten der Firma.[1])

Der Name, unter welchem der Kaufmann sein Geschäft betreibt, der Name, den der Kaufmann als Unterschrift in Handelssachen gebraucht, ist die Firma des Kaufmannes. (Art. 15 H. G. B.)[2]) Dieser Name des Kaufmannes kann nun mit seinem bürgerlichen Namen übereinstimmen oder nicht. (Art. 16 H. G. B.)[3]) Der Kaufmann in seiner Function als Handeltreibender kann losgelöst gedacht werden von der sonstigen physischen und rechtlichen Person des Kaufmannes. Es ist unter Umständen etwas ganz Verschiedenes, ob der Kaufmann als Privater mit seinem bürgerlichen Namen, oder ob er als Kaufmann mit seiner Firma zeichnet; freilich falls der bürgerliche Name zugleich auch die Firma ist, wird aus anderen Merkmalen und aus dem jeweiligen Thatbestande zu ermitteln sein, ob der Kaufmann als solcher oder als Privatmann zeichnen wollte.

Die Bedeutung der Firma in rechtlicher Beziehung aber ist im Allgemeinen die des persönlichen Namens überhaupt, ihr Gebrauch im Handelsbetriebe hat dieselben Wirkungen wie sonst der Gebrauch des persönlichen Namens.[3a]) Im Handelsgesetzbuche kommt die Firma nur in dieser ihrer Bedeutung als kaufmännischer Name zum Gebrauche im Handelsbetriebe und als Unterschrift des Kaufmannes in Betracht.

Aus diesem Wesen der Firma nach dem Handelsgesetzbuche erklärt es sich, daß dieselbe eine Personenfirma sein muß[4]), und daß die Sachfirma, d. h. eine bloß sachliche Bezeichnung als Name der Firma durch das Handelsgesetzbuch ausgeschlossen ist, außer bei Actiengesellschaften, für welche das Gesetzbuch eine sachliche Bezeichnung der Unternehmung ins-

26) Vgl. ung. H. G. §. 18, bosn. §. 20.

1) Völderndorff in Endemann's Handb. §. 44 u. ff.; Thöl, H. R. I. §. 53; Endemann, Handelsrecht §. 18; Behrend H. R. §. 40 u. die daselbst verzeichnete Literatur; v. Stubenrauch, H. R. §§. 22 u. ff.; v. Hahn, Staub, Brix, Commentare zu Art. 15 u. ff.; Miller, Die Lehre von der Geschäftsfirma nach schweiz. Obl. R. unter Berücksichtigung der deutschen und französischen Gesetzgebung u. Rechtssprechung. — Erlanger, Ursprung und Wesen der Firma (Dissert. Elbingen 1892); Ehrenberg in Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 25 ff.; Mayer ebenda XXVI. S. 363; s. auch §. 26 Note 1. H. G. B. Art. 15 bis 27; Ung. H. G. §§. 10—24; bosn. §§. 11—26; für Deutschland außer H. G. B. Art. 15—27 auch noch R. G. v. 30. März 1888, betr. die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Procuren im Handelsregister.

2) Ung. H. G. §. 10; bosn. §. 11.

3) Ung. H. G. §. 11; bosn. §. 12.

3a) Levi, Vornamen und Familiennamen im Recht; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. V. S. 77 ff.

4) Zu unterscheiden von den Firmen ist der besondere Geschäftsname des Etablissements, z. B. „zur weißen Rose" (s. oben §. 23, I.), dies ist keine Sachfirma, sondern lediglich eine Bezeichnung des Geschäftes in seiner äußeren Erscheinung (v. Völderndorff a. a. O. §. 44. S. 193); ebenso Adler-Clemens IV. Nr. 687.

besondere nach ihrem Zwecke oder Gegenstande vorschreibt (Art. 18)[5]), und die Aufnahme des Namens eines oder mehrerer Gesellschafter (Actionäre) oder anderer Personen in die Firma verbietet, eine Bestimmung, die aus dem später zu erörternden Wesen der Actiengesellschaft hervorgeht[6]) und die das Publicum vor irrigen Anschauungen über persönliche Haftungen bewahren soll. Aber auch sonst darf die Firma nicht zur Irreleitung des Publicums Anlaß geben, sie muß den Inhaber des Geschäftes, Einzelkaufmann oder Gesellschaft, und nur diesen wirklich bezeichnen, sie darf daher auch nie eine Gesellschaftsbezeichnung enthalten, wo eine Gesellschaft nicht vorhanden ist. (Art. 16.)[7]) Dies ist das Princip der Wahrheit der Firma. Das Handelsgesetzbuch führt dieses Princip nicht vollständig durch, sondern trägt der in der Handelswelt herrschenden Anschauung Rechnung, daß die Firma eines Kaufmannes von dessen Nachfolger oder von dem Uebernehmer des Geschäftes unter Umständen unverändert fortgeführt werden könne. (Art. 22.)[8]) Hieraus ergibt sich nun als zweiter Grundsatz für die Beschaffenheit der Firma, daß die ursprüngliche Firma immer wahr sein muß, die übergegangene aber auch unwahr sein kann, so daß sogar eine Einzelfirma ohne irgendwelche Aenderung oder ohne Beisatz an eine Gesellschaft übergehen kann. (Adler-Clemens VI. Nr. 973; Art. 24.)[9]) Innerhalb der Grenzen der Wahrheit der Firma in Verbindung mit dem Principe, das eine Personenfirma verlangt, steht dem Kaufmanne freie Wahl der Firma zu, nur darf er nicht eine bereits im Orts- oder Gemeindebezirk existirende rechtlich geschützte Firma wählen (Art. 20 H. G. B.)[10]), sowie auch er seinerseits durch Priorität und Ausschließlichkeit der Firma gegen eine später errichtete gleichlautende Firma geschützt ist. Dasselbe gilt vom neuen Erwerber eines alten Etablissement, sofern er nicht vorzieht, ein Einvernehmen mit dem bisherigen

Auch sachliche Zusätze zur Personalfirma sind gestattet, wenn und soweit sie zur näheren Bezeichnung der Person des Firmaführers od. des Geschäftes dienen. Die Beanstandung des Wortes „erste" bezw. „erster" in den Anmeldungen der Firmazusätze „Erste ... Futterwaaren-Niederlage" und „Erster Prager Schuhbazar" in den Entscheidungen bei Adler-Clemens VII. Nr. 1273, VIII. Nr. 1355 ist insofern gerechtfertigt, als diese Zusätze nicht als auf Wahrheit beruhend erwiesen waren, jedoch kann den oberstgerichtlichen Ausführungen in VIII. Nr. 1355, wonach der Zusatz „Erster" über den Rahmen der näheren Geschäftsbezeichnung hinausgehe, nicht zugestimmt werden. „Eine marktschreierische Firma zu untersagen ist ebensowenig gerechtfertigt, als die Untersagung einer sonstigen Reclame". (v. Hahn, Comm. §. 8, Note zu Art. 16.) Auch steht nichts der Wahl der Firma „A" mit dem Beisatze „vormals in Firma F und A in Linz" entgegen, ohne daß es einer Zustimmung des F bedarf. (Adler-Clemens IV. Nr. 695; v. Hahn a. a. O.) Einmal als Bestandtheil der Firma gewählt, bilden die Zusätze einen untrennbaren Bestandtheil der Firma, mit der zugleich sie geschützt werden; ein besonderer Schutz für sie besteht nicht. (R. O. H. G. IV. S. 260.)

5) Ung. H. G. §. 14; bosn. §. 15.

6) S. hierüber unten §. 67.

7) Ung. H. G. §. 11; bosn. §. 12.

8) Ung. H. G. §. 12; bosn. §. 13.

9) Ung. H. G. §. 15; bosn. §. 17.

10) In diesem Sinne bei Adler-Clemens I. Nr. 39; III. Nr. 319, 497; IV. Nr. 695; V. Nr. 880. — Dem Art. 20 H. G. B. entspricht §. 17 des ung. u. §. 19 des bosn. H. Ges.

Firmainhaber zu treffen, daß die alte Firma unverändert oder mit einem Zusatze auf ihn übergehe. (Art. 22, 23, 24 H. G. B.)[11]) Die Priorität und in ihrem Gefolge die Ausschließlichkeit einer Firma kann aber nur dann rechtlich geschützt werden, wenn die Priorität erwiesen ist. Zu diesem Zwecke werden in das beim Handelsgericht (bezw. beim competenten Civilgerichte) aufliegende Handelsregister Errichtung, Aenderung und Endigung der Firma sowohl der Haupt- als der Zweigniederlassung eingetragen.[12])

Von diesen allgemeinen Grundsätzen ausgehend bestimmt das Handelsgesetzbuch für die äußere Beschaffenheit der Firma noch im Besonderen:

1) Die ursprüngliche Firma des Einzelkaufmannes ist sein bürgerlicher Name (Art. 16)[13]) u. z. entweder der Zuname allein, oder mit dem Vornamen, welcher dann voranstehen muß. Es sind auch die Person oder das Geschäft näher bezeichnende, nicht aber ein Gesellschaftsverhältniß andeutende Zusätze gestattet. Bei verheirateten oder verwitweten Frauen gilt als bürgerlicher Name der ihres noch lebenden bezw. ihres letztverstorbenen Gatten. Die geschiedene Ehefrau kann den Namen ihres Mannes auch fernerhin als Firmanamen gebrauchen (vgl. R. O. G. H. XXIV. S. 299 ff.), jedoch nicht in solcher Form, wonach die Ehe als fortbestehend erscheinen würde. Ein auf die Auflösung der Ehe hinweisender Zusatz ist weder bei der geschiedenen Ehefrau noch bei der Witwe nothwendig.[14]) Namensänderungen, z. B. bei Wiederverheiratung einer Witwe bedingen eine Aenderung der Firma.[15])

2. Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft soll nach Art. 17 H. G. B.[16]) den Namen eines oder mehrerer der offenen Handelsgesellschafter mit einem die Gesellschaft anzeigenden Zusatze, oder die Namen sämmtlicher Gesellschafter ohne Zusatz oder mit einem alle Gesellschafter gemeinsam bezeichnenden Zusatze zu ihrem Namen bzw. zu jenem des bisherigen Firmainhabers, z. B. Gebrüder, Söhne, Erben 2c. enthalten.

3. Nach derselben Gesetzesstelle muß die Firma einer Commanditgesellschaft oder einer Commanditactiengesellschaft den Namen mindestens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem die Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten. Dieser Zusatz ist aber auch dann nothwendig, wenn sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter in der Firma genannt sind.[17]) Nicht aber darf die Firma den Namen eines Commanditisten enthalten, welcher in solchem Falle persönlich haften würde (Art. 168).[18]) Auch darf keine Commanditgesellschaft als Actiengesellschaft bezeichnet werden, selbst wenn ihr Capital in Actien zerlegt würde.

---

11) Ung. H. G. §§. 12, 15; bosn. §§. 13, 17; eine dem Art. 23 H. G. B. entsprechende Bestimmung fehlt im ung. H. G. B., während §. 13 des bosn. H. G. B. dem Art. 22 u. 23 H. G. B. entspricht.

12) S. unten §§. 27, 28, 29. Vgl. ung. H. G. §§. 16, 18, 19; bosn. §§. 18, 20, 21; für Deutschland vgl. auch das Reichsgesetz v. 30. März 1888, wonach unter Umständen die Löschung nicht mehr bestehender Firmen von Amtswegen zu geschehen hat.

13) Ung. H. G. §. 11; bosn. §. 12.

14) v. Hahn Comm. §. 4 Note zu Art. 16; Behrend H. R. §. 40 Note 21.

15) Behrend H. R. §. 40 Note 21.

16) Ung. H. G. §. 13; bosn. §. 14.

17) Behrend, H. R. I. §. 40 Note 25. Vgl. auch Adler-Clemens III. Nr. 435.

18) Ebenso ung. H. G. §. 143, bosn.

4. Die Firma der Actiengesellschaft ist, wie oben bereits gesagt wurde, eine Sachfirma, Realfirma, kann daher keinerlei Personennamen enthalten (Art. 18).[19])

5. Die Firma der stillen Gesellschaft darf den Namen des stillen Gesellschafters nicht enthalten, der diesfalls den Gläubigern persönlich und correal mit dem Geschäftsinhaber haften würde (Art. 257).

Die hier entwickelten Grundsätze gelten nicht nur von der Firma der Hauptniederlassung, sondern auch von jener der Zweigniederlassung (Art. 21).[20])

§. 25.

b) Rechte und Pflichten bezügl. der Firma[1]) insbesondere.

Nach österreichischem Handelsrechte ist Jeder, der im Sinne des Art. 4 H. G. B. Kaufmann ist und die im §. 7 Einf. Ges. erwähnte Steuersumme zahlt[1a]), zur Führung einer Firma berechtigt[1b]) und verpflichtet. Das H. G. B. verlangt im Art. 19[2]), daß jeder Kaufmann seine Firma behufs Eintragung in das Handelsregister anmelde, was voraussetzt, daß er eine Firma haben muß. Diese Pflicht ist jedoch für den Kaufmann mit nicht geringen Vortheilen und Rechten verbunden.

1. Er hat durch die Wahl der Firma zugleich das alleinige ausschließliche Recht auf dieselbe, wie dies oben (§. 24) bereits gesagt worden. Jede neu entstehende Firma muß sich deutlich von seiner bereits bestehenden Firmen unterscheiden (Art. 20).[3]) Dieses Ausschließungsrecht äußert sich in doppelter Weise, einerseits als Verbietungs- und Untersagungsrecht und sodann als Schadenersatzanspruch gegen den unbefugt Firmirenden. Es ist aber klar, daß dieses Ausschließungsrecht territorial begrenzt sein muß. Das H. G. B. (Art. 20) bestimmt als solches Territorium denselben Ort oder dieselbe Gemeinde, wobei es auf politische oder administrative Zusammengehörigkeit des Ortes oder der Gemeinde nicht ankommt. Denn es kommt hier nur darauf an, einer Verwechselung gleicher Firmen eines gemeinsamen Handlungsnieder-

---

§. 145 rücksicht. der Commanditgesellschaft. Deshalb darf die neu zu registrirende Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Commanditgesellschaft den Namen einer verstorbenen Person nicht enthalten (Adler-Clemens VIII. Nr. 1386).

19) Ung. H. G. §. 14; bosn. §. 15.

20) Ung. H. G. §. 18, bosn. 20. Vgl. auch Adler-Clemens III. Nr. 319.

1) v. Völderndorff in Endemanns Handb. I. §§. 46, 47 und die in §. 24 Note 1 cit. Schriftsteller und Gesetzesstellen.

1a) Das Recht auf Protokollirung entsteht erst mit der Verbindlichkeit zur Entrichtung der vorgeschriebenen Steuern (Obstg. Erk. in Gerichtshalle Nr. 23 v. 1894), jedoch unabhängig von der Vorschreibung selbst (Obstg. Erk. ebenda Nr. 49 v. 1894).

1b) Nach §. 246 lit. a Conc.-Ordn. bleibt ein Kaufmann nach Aufhebung des Concurses bis zur Erlangung der Wiederbefähigung (§§. 247 ff.) von dem Rechte ausgeschlossen, Handelsgeschäfte unter einer nicht lediglich in der Zeichnung seines vollen Namens und Vornamens bestehenden Firma zu betreiben. Bei Zwangsausgleich tritt, wenn nicht strafgerichtliche Folgen im Wege stehen, die Wiederbefähigung mit der gerichtl. Bestätigung des Ausgleiches ein (§. 253 u. Ges. v. 15. Nov. 1877 Nr. 131 R. G. Bl.).

2) Ung. H. G. §. 16; bosn. §. 18.

3) Ung. H. G. §. 17; bosn. §. 19.

lassungsortes vorzubeugen. Gleiche Firmen an verschiedenen Orten unterscheiden sich durch die verschiedene Benennung der Orte.

2. Die Firma kann veräußert und übertragen werden. Jedoch
a) nie ohne Uebergang des Geschäftes (Art. 23 H. G. B.)[4]) u. z. des Hauptgeschäftes, nicht bloß der Zweigniederlassung,
b) nur mit ausdrücklicher Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers oder des austretenden Gesellschafters,
c) nur mit gleichzeitigem Eintritte in alle bestehenden Rechtsverhältnisse der Firma.

3. Die Firma gewährt active und passive Legitimation für den zu ihrem Gebrauche Berechtigten zu Handlungen, Klagen und Einreden für das Geschäft. Insbesondere kann Derjenige, welcher durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadenersatz belangen. Ueber das Vorhandensein und die Höhe des Schadens entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Auch kann dieses die Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten des Verurtheilten anordnen (Art. 27).[5])

§. 26.

C) Die Marke und ihr Schutz.[1])

Die Geschichte der Firma führt zurück auf ihre Entstehung aus der Marke, dem Zeichen, signum, dessen sich der Kaufmann — früher auch andere Personen — anstatt ihres Namens bedienten.

---

4) Bosn. H. G. §. 13; im ungar. H. G. B. fehlt eine diesbezügliche Bestimmung.

5) Ung. H. G. §. 24; bosn. §. 26.

1) Vgl. rücksichtlich des östr. Rechtes Frankel, Die Bestimmungen des östr. R. gegen den unehrbaren Wettbewerb (1884); Brunstein, Name, Firma und Marke (1889); Schuloff, Das östr. Ges. über den Markenschutz (1890); Schima, Ueber die neueste Entwickelung des Markenschutzes in Oesterreich (1893), Sonderabdruck aus d. Wien. Jurist. Bl. Nr. 32 bis 38 v. 1893; Feigl, Das M. Sch. Ges. v. 6. Jänner 1890; vgl. auch Geller im C. Bl. f. jurist. Praxis VII. S. 1, 65, 149, 471; VIII. S. 601, 665; IX. S. 1; XI. S. 97. Rücksichtlich des deutschen Rechtes vgl. Kohler, Recht des Markenschutzes (1884); Katz, Unredliche Concurrenz (1892); Endemann in Busch's Archiv XXXII. S. 1—98; v. Völderndorff in Endemann's Handb. I. §§. 48 bis einschl. 55 und Behrend H. R. I. §. 41, woselbst in den Noten reiche Literaturangaben u. Bemerkungen über das östr. M. Sch. G. v. 7. Dec. 1858, Nr. 230 R. G. Bl., im Zusatz eine Darstellung der fremden Gesetzgebungen. Vgl. ferner Teutsch, rechtl. Natur und Inhalt des Markenrechtes nach dem R. G. v. 30. Nov. 1874 nebst Kritik unter Berücksichtigung des Entw. eines Ges. z. Sch. der Waarenbezeichnungen v. 1893; Ausgabe des Gesetzes v. 1893 von Allfeld, Schmid, Seligson, Stephan (s. auch §. 24 Note 1).

Zur geschichtlichen Entwickelung der Marken und ihres Rechtes vgl. Dietzel in Bekker's und Muther's Jahrb. IV. (1860) S. 227—308 und Homeyer, Die Haus- und Hofmarken (1870); rücksichtlich der Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland und anderen Ländern vgl. Klostermann, geist. Eigenthum I. S. 67 f., 99, 215 ff., Lastig, Markenrecht und Zeichenregister (1890). — Vgl. auch Rießer, Zur Revision des H. G. B. II. S. 425 ff.; Reuling, Krit. Beitr. z. Entw. eines Ges. zum Schutze der Waarenbezeichnungen in Ztschr. f. gewerbl. Rechtsschutz Nr. 21 und 22 v. 1892. — Oestr. Ges. v. 6. Jänner 1890, R. G. Bl. Nr. 19; deutsches Gesetz v. 12. Mai 1894 R. G. Bl. S. 441 ff. (seit

Die Marke war ursprünglich das Handzeichen des Kaufmannes, sie war und ist das „bildliche Wahrzeichen eines Erzeugers oder Kaufmannes für seine Waare und auf seiner Waare. Sie spricht deutlich zum Fremdsprachigen und Analphabeten. Leichter als das Wort und der Name prägt sich das Sinnbild gleich einem Schilde oder Wappen dem Gedächtnisse ein.“ [2]) In diesem Sinne faßt auch das Gesetz vom 6. Jänner 1890 betr. den Markenschutz (Nr. 19 R. G. Bl. v. 1890) den Begriff der Marke auf (§. 1 des cit. Ges.).[3]) Es liegt im Interesse des Kaufmannes, seine Waaren, die er an seine Kunden abgibt, versendet, oder welche diesen im Commissions- oder Vermittelungswege zukommen, äußerlich sichtbar als seine Waaren zu kennzeichnen, damit eben seine Waare und nur seine Waare wirklich als seine Waare erkannt und von anderen gleichartigen Erzeugnissen und Waaren unterschieden werde. Damit nun die Marke ihre Bestimmung erfülle, bedarf der Gewerbetreibende nicht nur des ausschließlichen Rechtes, des Alleinrechtes auf seine Marke, sondern auch des Schutzes dieses seines Markenrechtes.[3]) Das Alleinrecht auf eine Marke wird erworben durch Registrirung derselben (§. 2).[3a]) Zu diesem Behufe muß der Schutzwerber — und dies kann nach östr. Rechte jeder selbständige Unternehmer sein[3b]), — unter Angabe der Waarengattung, für welche seine Marke bestimmt ist, 4 Exemplare und ein Cliché (Bildstock) der Marke bei der Handels- und Gewerbekammer, in deren Bezirk die betreffende Unternehmung liegt, übergeben (§. 13 M. Sch. G.). Letzteres wird ihm nach gemachtem Amtsgebrauche wieder zurückgestellt, von den 4 Markenexemplaren aber werden eines dem von der Handels- und Gewerbekammer zu führenden Markenregister beigelegt, zwei dem Handelsministerium vorgelegt und eines, auf den die fortlaufende Nummer des Registers, Tag und Stunde der Einreichung, Name oder Firma, auf welche die Marke registrirt wurde, die Bezeichnung der Unternehmung und der Waaren, für welche sie bestimmt ist, anzumerken sind, unter Beisetzung des Amtssiegels und der Unterschrift der Partei zurückzustellen ist (§§. 13, 14). Dieselben Daten sind auch in die Markenregister, welche bei den Handels- und Gewerbekammern zur Einsicht aufliegen müssen, einzutragen (§. 14). Für die Registrirung einer Marke ist eine Taxe von fünf Gulden (zehn Kronen) in die Casse der sie registrirenden Handels- und Gewerbekammer zu entrichten (§. 15).[3c]) Beim Handelsministerium wird ein Central-

---

1. Oct 1894 in Wirksamkeit; vorher Ges. v. 30. Nov. 1874 R. G. Bl. S. 143 ff.).

2) Schuloff a. a. O. S. 3.

3) Eine Legaldefinition der rechtlichen Natur des Markenschutzrechtes wurde bei Verfassung des Entwurfes des Markenschutzgesetzes absichtlich vermieden (Stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses X. Session S. 12772 und 12773). — Vgl. auch §. 1 des Deutschen M. Sch. G.

3a) Vgl. §. 12 D. M. Sch. G.

3b) Nach früherem deutschen Rechte (§. 1 D. M. G. v. 1874) waren nur protoc. Kaufleute zur Anmeldung von Warenzeichen berechtigt, jetzt ist es jeder selbständige Unternehmer (§. 1 Ges. v. 1894). Competent zur Entscheidung über die Anmeldung ist das Patentamt (§§. 2, 5).

3c) In Deutschland für die erste Anmeldung 30 Mark, für Erneuerung 10 Mark; bei Nichtregistrirung werden 20 Mark zurückerstattet (§. 2).

markenregister geführt, in welches die bei den Handels- und Gewerbekammern registrirten Marken nach der Reihenfolge ihres Einlangens in derselben Weise und mit denselben Angaben, wie in die Register der Handels- und Gewerbekammern (§. 14) eingetragen werden (§. 17).[4]) Auch für das Centralmarkenregister sowie für die über dessen Inhalt anzulegenden alphabetisch geordneten und stets in Stand zu haltenden Kataloge gilt das oben für die Kammerregister aufgestellte Princip der Publicität (§. 17). Nach erfolgter Eintragung der Marken in das Centralmarkenregister werden Abdrücke derselben unter Benützung der beigebrachten Clichés veröffentlicht (§. 17). Wenn eine mit der neu angemeldeten identische oder ähnliche Marke[5]) für dieselbe Waarengattung bereits besteht, verständigt das Handelsministerium eventuell nach Einvernehmung von Fachmännern, den Markenschutzwerber, damit er nach seinem Ermessen die Anmeldung aufrechterhalten, modificiren oder zurückziehen könne. Gleichzeitig wird von dieser Verständigung des Markenschutzwerbers der Besitzer der bereits früher registrirten bezüglichen Marken in Kenntniß

---

4) In Deutschland führt das Patentamt die Zeichenrolle (§. 2).

5) Für die Identität zweier Marken ist die Uebereinstimmung des Gesammtbildes derselben, nicht aber die Uebereinstimmung einzelner Bestandtheile derselben maßgebend. §§. 2 und 13 des M. Sch. Ges. gewähren dem Schutzwerber „ein ausschließliches Gebrauchsrecht auf die Marke in ihrer Gänze und in der Form und Gestalt, in welcher sie registrirt worden ist, aber keineswegs ein abgesondertes Recht auf jeden einzelnen Theil dieser Marke. Durch das Recht auf die Marke sind also deren Bestandtheile nicht auch in ihrer Einzelheit geschützt, auch dann nicht, wenn sie als Theile einer anderen Marke aufgenommen erscheinen, die nach ihrem Gesammteindrucke ein gänzlich verändertes Bild von der früher registrirten Marke aufweist (Erlaß des k. k. Handelsministeriums v. 13. Febr. 1891, Z. 5553, Jurist. Bl. Nr. 14 v. 1891, Geller's C. Bl. f. Verwaltungspraxis VI. S. 300). — Auf feine, kaum auffällige unterscheidende Details ist jedoch nicht Rücksicht zu nehmen, wenn die Hauptbilder der Marken vollkommene Uebereinstimmung aufweisen und so eine verwechslungsfähige Aehnlichkeit der Marken begründen (H. M. E. v. 5. Oct. 1891, Z. 43778, Jurist. Bl. Nr. 46 v. 1891). Auch dann liegt eine täuschungsfähige Aehnlichkeit zweier Marken vor, „wenn die nachgeahmte Marke mit so geringer Abänderung oder in so undeutlicher Weise wiedergegeben ist, daß die Unterschiede von dem gewöhnlichen Käufer der betreffenden Waarengattung nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können", da sonst der durch das M. Sch. Ges. gewährte Schutz im concreten Falle illusorisch würde, zumal ja auch der Vergleich der neuen und alten Marke zumeist nicht durch Augenschein, sondern nur durch Erinnerung an ein früher gekauftes Waarenpacket geschieht (H. M. E. v. 16. März 1892, Z. 54755 v. 1891, in Jurist. Bl. Nr. 15 von 1892). Ebenso Entsch. des Cassationshofes vom 30. Mai 1891, Z. 14793 (Jurist. Bl. Nr. 19 v. 1892) u. v. 30. Mai 1890 (Geller's C. Bl. für jur. Praxis X. S. 178), und vom 18. Dec. 1891 (Geller's C. Bl. f. jur. Pr. X. S. 181 u. f.), wonach es selbst auf anderweitige Vorkehrungen ankommen kann, welche das Verwechseln der Marken erleichtern, wie z. B. dieselbe Art der Verpackung der Waare oder der Anbringung der Marke (Geller C. Bl. f. j. Pr. X. S. 182). — Bei auf Materialien eingeprägten oder aufgeschlagenen Marken ist die Identität zweier Marken nicht nach dem Abdrucke der Marke auf dem Papier, sondern nach dem Bilde auf den Probestücken oder den Waaren zu beurtheilen (H. M. E. v. 1. Juni 1891 Z. 22179, in Jurist. Bl. Nr. 32 v. 1891), — vgl. hiezu Schima a. a. O. S. 24 u. ff. (Nr. V und VI).

gesetzt (§. 18). Hierdurch erscheint in Oesterreich das vom Pariser Congresse zum Schutze des industriellen geistigen Eigenthums (1878) empfohlene avis préalable recipirt; doch schreibt das östr. Gesetz nur die vorläufige Verständigung des durch die neue Anmeldung in seinem Vorrechte Bedrohten vor, ließ aber den Gedanken des Congresses an einen vertraulichen, unverbindlichen und folgenlosen Rath fallen.[6]) Von diesen beiden Verfahren sind das Vorprüfungs- und das Aufgebotsverfahren zu unterscheiden. Ersteres erheischt eine amtliche Vorprüfung der Marken rücksichtlich ihrer eventuellen Aehnlichkeit mit bereits registrirten Marken, letzteres besteht in einer Aufforderung an die Markenberechtigten, event. Einspruch gegen die Registrirung der neuangemeldeten Marke zu erheben. Beide Systeme wurden bei Verfassung des Entwurfes des östr. Markenschutzgesetzes verworfen, ersteres insbesondere unter Hinweis auf Art. 17 des Zoll- und Handelsbündnisses mit Ungarn (Ges. v. 21. Mai 1887, Nr. 48 R. G. Bl.), letzteres, weil es „in den meisten Fällen, insofern es auf ganz neue Anmeldungen und neue Markenbilder in Anwendung käme, zu Verzögerungen zum Nachtheile der Parteien führen würde, während durch das administrative avis préalable der angestrebte Zweck in einfacherer und schnellerer Weise erreicht werden kann.“[7])

Behufs Registrirung von Marken für Materialien, wie Metall, Thon, Glas und dergl. sind Probestücke der letzteren mit eingedrückten (aufgeprägten) Markenbildern in wenigstens drei Exemplaren bei der Handels- und Gewerbekammer zu überreichen (§. 13). Die durch die Kammer mit den Marken dem Handelsministerium vorgelegten Probestücke sind beim Centralmarkenregister in den betreffenden Amtslocalitäten zur Einsichtnahme für Jedermann offen zu halten (§. 17).

Das Alleinrecht zum Gebrauche der registrirten Marke durch den Schutzwerber beginnt mit dem Tage und der Stunde der Einreichung der Marke bei der Handels- und Gewerbekammer, wonach sich auch die Priorität des Anspruches mehrerer Schutzwerber bei der nämlichen oder bei verschiedenen Handels- und Gewerbekammern rücksichtlich einer gleichen hinterlegten Marke bestimmt (§. 19). Das Markenrecht gewährt ein Recht auf ausschließlichen Gebrauch der Marke zur Bezeichnung von Waaren, sowie auch für die auf der Verpackung, den Gefäßen, Umhüllungen u. s. w. angebrachten Bezeichnungen (§. 11), nicht aber für die Verpackung selbst.[8]) Es ist Niemandem gestattet, Namen, Firma, Wappen oder geschäftliche Benennung des Etablissements eines anderen Producenten oder Kaufmannes ohne dessen Einwilligung zur Bezeichnung von Waaren oder Erzeugnissen zu gebrauchen (§. 10). Doch kann Jemand die Marke eines

6) Schuloff a. a. O. S. 14. Nach §. 5 des D. M. Sch. G. macht das Patentamt, wenn es erachtet, daß ein angemeldetes Warenzeichen mit einem bereits registrirten übereinstimmt, dem Inhaber des letzteren Mittheilung. Dieser kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Widerspruch erheben, worüber das Patentamt entscheidet. Wird nicht widersprochen, so ist die Marke zu registriren (§. 6).

7) Motive S. 11 (541. Beil. z. X. Sess. des Abg. H.).

8) Vgl. hiezu über die diesbezügliche Praxis insbesondere Schima a. a. O. S. 48 u. ff. (Nr. VII).

Anderen zur Bezeichnung anderer Waarengattungen in Gebrauch nehmen (§. 7). Im Zweifel bezüglich der Gleichartigkeit dieser Waarengattungen entscheidet der Handelsminister nach Einvernehmung der Handels- und Gewerbekammer, bei welcher die Marke registrirt ist.[9]) Die Benützung der registrirten Marke ist in der Regel facultativ[10]); doch kann der Handelsminister hinsichtlich bestimmter Waarengattungen den obligatorischen Gebrauch der Marke anordnen, widrigenfalls abgesehen von der sonstigen Bestrafung solcher Uebertretungen durch die politische Behörde Waaren solcher Gattung nicht in den Verkehr gesetzt werden dürfen und verfallen (§§. 6 und 31). Andererseits wird aber Niemand durch die Registrirung einer Marke, welche auch Worte oder Buchstaben enthält, gehindert, seinen Namen bezw. seine Firma, sei es auch in abgekürzter Form zur Kennzeichnung seiner Waaren zu gebrauchen (§. 5). Es können auch mehrere Marken auf den Namen desselben Markenschutzwerbers, sogar für dieselbe Waarengattung angemeldet werden (§. 8). Das gegenwärtige österreichische Markenschutzgesetz bezeichnet in §. 23 nur den wissentlichen Eingriff in das Markenrecht als Vergehen.[9a]) Nur gegen den wissentlichen Eingriff allein sind die Strafbestimmungen des dritten Abschnittes dieses Gesetzes anwendbar. Nach dem gegenwärtigen Gesetze steht nämlich die Verhandlung und Entscheidung über Eingriffe überhaupt und insbesondere auch die Untersuchung und Bestrafung wissentlicher Eingriffe nicht mehr, wie nach dem früheren Gesetze vom 7. December 1858, Nr. 230 R. G. Bl., den politischen Verwaltungsbehörden nach gewerberechtlichen Vorschriften, sondern dem Strafrichter im ordentlichen Verfahren zu u. z. über Verlangen des Verletzten (§. 26). Hiebei war auch die Erwägung maßgebend, Competenzconflicte über wissentliche und nichtwissentliche Eingriffe zu vermeiden, sowie auch der Gedanke, daß durch die Einführung des avis préalable die Fälle der nichtwissentlichen Eingriffe auf ein Minimum beschränkt würde, und daß dem in seinem Markenrechte Verletzten durch das Gesetz Mittel gegeben sind, den Eingriff des Gegners zu einem wissentlichen zu machen.[11])

9) So erklärte das k. k. Handelsministerium mit Erlaß vom 8. Jänner 1890, Z. 350 (Jurist. Bl. Nr. 16 v. 1891, Geller C. Bl. f. j. Praxis VI. S. 299), daß der Umstand, daß der Anker ein im Handelsverkehr vielfach benutztes Zeichen ist, welches insbesondere dazu dient, im überseeischen Export-, Import- und Speditionsverkehr die Versendungscolli, Waarenballen und Kisten, in welchen die Waaren zum Zwecke der Versendung verpackt sind, zu bezeichnen, nicht hindert, daß dasselbe Zeichen als Schutzmarke für einen bestimmten Productionszweig, dessen Waaren nicht allgemein mit diesen Zeichen versehen werden, wie im vorliegenden Falle für Steinbaukästen benutzt werden. Auch durch Beisetzung der Firma kann ein solches allgemeines Zeichen registrirbar werden, nur darf die Firmabezeichnung nicht derart uncharakteristisch ausgeführt sein, daß sie die Waare nicht individualisirt (H. M. E. v. 26. März 1893, Z. 8730, in Jurist. Bl. Nr. 17 v. 1893).

9a) Vgl. §§. 14—20 D. M. Sch. G.; Ofner in Allg. östr. G. Z. Nr. 52 v. 1892.

10) So ordnete das k. k. Handelsministerium mit V. O. v. 16. April 1890 (Nr. 67 R. G. Bl.) an, daß Sensen, Sichel und Strohmesser nicht in den Verkehr gesetzt werden dürfen, bevor dieselben mit einer im Sinne des M. Sch. G. registrirten Marke in der Weise versehen sind, daß die Marken auf die noch in glühendem Zustande befindlichen Waaren aufgeschlagen, bezw. aufgeprägt werden, ehe diese die Erzeugungsstätte verlassen.

11) Stenogr. Prot. des Abg. H. X. Sess., S. 12771, 12772.

Eines solchen wissentlichen Eingriffs macht sich schuldig, wer Waaren, die mit einer Marke unbefugt bezeichnet sind, bezüglich welcher einem Anderen das ausschließliche Gebrauchsrecht zusteht, wissentlich in Verkehr setzt oder feilhält, ferner, wer zu diesem Zwecke wissentlich eine Marke nachmacht (§. 23), ebenso wie Derjenige, welcher Waaren, die mit dem Namen, der Firma, dem Wappen oder der geschäftlichen Benennung des Etablissements eines Producenten oder Kaufmannes unbefugt bezeichnet sind, wissentlich in Verkehr setzt oder feilhält, oder Derjenige, welcher zu diesem Zwecke wissentlich die erwähnten Bezeichnungen anfertigt (§. 24). Der wissentliche Eingriff in ein fremdes Markenrecht wird als Vergehen mit einer Geldstrafe von 500 fl. bis 2000 fl. oder mit Arrest von drei Monaten bis zu einem Jahre, womit eine Geldstrafe bis 2000 fl. verbunden werden kann, bestraft, wodurch aber die gleichzeitige Anwendung der strengeren Bestimmungen des allgemeinen Strafgesetzes, insbesondere jener über das Verbrechen des Betruges (§§. 197 ff. Str. G. B.) nicht ausgeschlossen wird (§. 23 Markenschutzgesetz). Dieses Vergehen liegt auch dann vor, wenn die Marke, der Name, die Firma, das Wappen oder die geschäftliche Benennung des Etablissements mit so geringen Abänderungen oder in so undeutlicher Weise wiedergegeben sind, daß der Unterschied von dem gewöhnlichen Käufer der betreffenden Waaren nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden könnte (§. 25). Ueber Verlangen des Verletzten hat das erkennende Strafgericht zugleich mit der Verurtheilung wegen Eingriffes in das Markenrecht auch noch die Unbrauchbarmachung der zur Nachahmung oder zur unbefugten Bezeichnung ausschließlich oder vorzugsweise dienlichen Werkzeuge und Vorrichtungen, die Vernichtung der etwa vorhandenen Vorräthe von nachgeahmten Marken und unbefugt angefertigten Bezeichnungen, sowie die Beseitigung der unbefugt angebrachten Marken und Bezeichnungen von den im Besitze des Verurtheilten befindlichen Waaren, bezw. von deren Verpackung u. z. auch dann auszusprechen, wenn dies die Vernichtung der Waaren zur Folge hätte (§. 27). Ja sogar schon vor Fällung des Straferkenntnisses kann der Verletzte die Beschlagnahme oder sonstige Verwahrung der oben bezeichneten Gegenstände behufs Verhütung einer Wiederholung der strafbaren Handlung verlangen, worüber das Strafgericht sofort zu entscheiden hat, das vom Verletzten eine Caution verlangen kann (§. 28). Endlich soll der Strafrichter in seinem Urtheile dem Verletzten noch die Befugniß zur öffentlichen Bekanntmachung der Verurtheilung des schuldigen Markenrechtsverletzers auf Kosten des Letzteren ertheilen und die Art der Bekanntmachung sowie die Frist zu derselben unter Bedachtnahme auf die Anträge des Verletzten festsetzen (§. 27) und für den Fall daß der Verletzte statt der ihm nach dem Privatrechte gebührenden Entschädigung eine Geldbuße[12]) verlangt, neben der Strafe

12) Die Buße, welche hier in das österreichische Recht neu eingeführt wurde, war von der deutschen Reichsgesetzgebung zur Ermöglichung rascher und sicherer Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen aus Ehrenbeleidigungen (§. 188 deutsches Reichs-Strafges.), Körperverletzungen (§. 231 D. R. Str. G.), Patent-

auch auf eine solche bis zum Höchstbetrage von 5000 fl. erkennen (§. 27). Mehrere zur Zahlung einer solchen Geldbuße Verurtheilte haften solidarisch (ex delicto). Doch bleibt es dem Verletzten unbenommen, statt der Geldbuße, die ihm wegen der Verletzung seines Rechtes nach dem Privatrechte gebührende Entschädigung zu verlangen. Diese kann er sowohl im Strafverfahren, wie vor dem Civilrichter geltend machen (§. 29), ja vor Letzterem auch dann, wenn der Strafrichter ihn mit seinem Begehren auf Zuerkennung einer Geldbuße abgewiesen hat. Ein Rechtsmittel gegen die Verweisung auf den Civilrechtsweg oder gegen die Ablehnung der erbetenen Geldbuße hat der Verletzte nicht (§. 366 Str. P. O.). Das Markenschutzgesetz enthält aber weder Bestimmungen rücksichtlich der Entschädigungspflicht noch Competenzvorschriften für die Entschädigungsklage. Rücksichtlich der Frage der Entschädigungspflicht gelten daher die Normen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes. Es ist jedoch zu bemerken, daß nur die dolose, nicht auch schon die culpose Markenrechtsverletzung die Schadenersatzpflicht des Verletzers begründet. Die gerichtliche Competenz richtet sich nach den Vorschriften der Civiljurisdictionsnorm, wonach derartige Entschädigungsansprüche aus Delicten die gewöhnliche Civilgerichtsbarkeit, nicht aber eine besondere Handelsgerichtsbarkeit begründen. Ueber die Frage des ausschließlichen Gebrauchsrechtes an einer Marke, über Priorität und Uebertragung dieses Rechtes, sowie darüber, ob eine registrirte Marke von einem Dritten für eine andere Gattung von Waaren benützt werden können, entscheidet der Handelsminister, weshalb sich der Strafrichter im Falle seine Entscheidung von einer dieser Vorfragen abhängt, diesbezüglich an den Handelsminister mit dem Ersuchen um Entscheidung zu wenden hat (§. 30 Markenschutzgesetz).

Das Markenrecht klebt an dem Unternehmen, für welches die Marke bestimmt ist, geht auf den neuen Besitzer über und erlischt mit dem Unternehmen selbst (§. 9). Im Falle des Ueberganges des Unternehmens auf einen neuen Erwerber hat dieser behufs Umschreibung des Markenrechtes den Beweis der Erwerbung des betreffenden Unternehmens zu erbringen (§. 20). Um diese Umschreibung hat der neue Erwerber, außer wenn das Unternehmen durch die Witwe oder einen minderjährigen Erben des bisherigen Markeninhabers oder für Rechnung einer Verlassenschafts- oder Concursmasse fortgeführt wird, binnen drei Monaten nach erfolgtem Besitzerwerbe anzusuchen, widrigenfalls das Markenrecht erlischt (§. 9).[13])

Die Umschreibung unterliegt nach §. 20 M. Sch. G. derselben Taxe wie die erste Registrirung (§. 15) und ist sowohl auf der für die Partei bestimmten Bestätigung (§. 13, Abs. 2), als im Register der Handels- und Gewerbekammer (§. 14) und in dem Centralmarkenregister des Handelsministeriums (§. 17) anzumerken und zu veröffentlichen (§. 17).

---

streitigkeiten (§. 36 d. Ges. v. 25. Mai 1877, R. G. Bl. S. 501), Markenrechtsverletzungen (§. 15 des deutschen M. Sch. G. v. 30. Nov. 1874, R. G. Bl. S. 143) u. a. m. eingeführt worden. (Ebenso §. 18 des gegenw. D. M. Sch. G.) Mit denselben Gründen ward auch die Aufnahme der Buße in das östr. Markenschutzgesetz motivirt (Motive S. 12). Anders Kahane in Geller's C. Bl. f. V. Praxis V. S. 97 ff.).

13) Vgl. hiezu §. 7 D. M. Sch. G.

Die Registirirung der Marke ist von zehn zu zehn Jahren, vom Tage der ersten Registrirung an gerechnet, zu erneuern, widrigenfalls das Markenrecht als erloschen zu betrachten ist (§. 16).[14]) Hiefür ist dieselbe Taxe wie für die erste Registrirung zu entrichten.

Außer den bereits erwähnten Fällen der Löschung des Markenrechtes bei nicht rechtzeitiger Erneuerung vor Ablauf des zehnten Jahres (§. 16) und der nicht rechtzeitigen Umschreibung vor Ablauf des dritten Monates (§§. 9 und 20) erfolgt die Löschung des Markenrechtes nach §. 21 M. Sch. G. auch noch: 1. über Ansuchen des Markenberechtigten, 2. wenn die Marke nach Erkenntniß des Handelsministers nach §§. 3 und 4 M. Sch. G. nicht hätte registrirt werden sollen, und endlich 3. infolge eines im Streite über den Bestand des Markenrechtes erflossenen Erkenntnisses des Handelsministers (§. 30). Die Löschung ist sowohl an der Marke als im Register der Handels- und Gewerbekammer und im Centralmarkenregister anzumerken und zu veröffentlichen (§. 22).[14a])

Von der Registrirung, sohin auch vom Markenschutze sind nach §. 3 des cit. Ges. ausgeschlossen: „Waarenzeichen, welche 1. ausschließlich Bildnisse des Kaisers oder von Mitgliedern des kaiserlichen Hauses enthalten; 2. bloß in Staats- oder anderen öffentlichen Wappen, Zahlen, Buchstaben oder Worten bestehen; 3. zur Bezeichnung von bestimmten Waarengattungen im Verkehre allgemein gebräuchlich sind; 4. unsittliche und Aergerniß erregende, oder sonst gegen die öffentliche Ordnung verstoßende Darstellungen, Aufschriften oder solche Angaben enthalten, welche den thatsächlichen geschäftlichen Verhältnissen oder der Wahrheit nicht entsprechen und zur Täuschung des consumirenden Publicums geeignet sind." Solche Marken aber, bei denen das Bildniß des Kaisers oder die Bildnisse von Mitgliedern des kaiserlichen Hauses, der kaiserliche Adler, ein öffentliches Wappen oder sonst eine Auszeichnung nur einen Bestandtheil der ganzen Marken bilden, dürfen nur dann registrirt werden, wenn das Recht zur Benutzung dieser besonderen Zeichen gehörig nachgewiesen worden ist (§. 4).[15])

Wenn auch das Markenschutzrecht weder zu den in Oesterreich und Ungarn gemeinsamen Angelegenheiten gehört, noch in beiden Reichstheilen nach gleichen von Zeit zu Zeit zu vereinbarenden Grundsätzen zu behandeln ist (Ges. v. 21. Dec. 1867, Nr. 147 R. G. Bl.), so besteht doch eine allerdings kündbare, aber enge Gemeinsamkeit des Markenschutzes in Oesterreich und Ungarn, da nach Art. 17 des Zoll- und Handelsbündnisses (Ges. v. 27. Juni 1878, Nr. 62 R. G. Bl., u. 21. Mai 1887, Nr. 48 R. G. Bl.) die Vorschriften über Markenschutz nur im Einvernehmen beider Reichstheile abgeändert werden können und die Registrirung einer Marke in

---

14) Ebenso deutsches M. Sch. G. §. 8. — Vgl. Mitterlechner in Wiener Jurist. Bl. Nr. 28 v. 1894.

14a) Ueber die Löschung nach deutschem Rechte s. §§. 8 u. 9 D. M. Sch. G.

15) Punkt VIII der Instruction bezgl. der Führung der Markenregister (H. M. E. v. 18. April 1890, Z. 15377), woselbst auch auf H. M. E. v. 2. Nov. 1886, Z. 34430, 22. Oct. 1884 Z. 37712 verwiesen wird. — Vgl. §. 4 D. M. Sch. G.

einem der Ländergebiete den gesetzlichen Schutz für dieselbe im Umfang beider Ländergebiete zur Folge hat (Vgl. §. 32 Markenschutzges.).

Rücksichtlich des Schutzes der Marken, sowie der Namen, Firmen, Wappen oder geschäftlichen Bezeichnungen der Etablissements ausländischer Unternehmungen sind die mit den betreffenden Staaten geschlossenen Verträge oder Conventionen maßgebend (§. 32).[16])

Rücksichtlich der zeitlichen Rückwirkung des Markenschutzgesetzes auf bereits registrirte Marken ist zu unterscheiden, ob diese beim Inslebentreten des gegenwärtigen Gesetzes (§. 34) bereits seit mehr als zehn Jahren oder noch nicht zehn Jahre registrirt sind. Letztere werden noch bis Ablauf der zehn Jahre ohne neuerliche Registrierung nach den Normen des neuen Gesetzes geschützt, erstere aber wurden aus dem Register gestrichen, wenn nicht um deren erneuerte Registrirung nach dem neuen Gesetze innerhalb dreier Monate seit Wirksamkeit des neuen Gesetzes angesucht wurde. Die beim Inslebentreten des neuen Gesetzes bereits anhängigen Verhandlungen wurden bei den nach dem alten Gesetze competenten Behörden, bei welchen sie bereits anhängig waren, und auf Grund der bisherigen Vorschriften fortgeführt bezw. beendigt (§. 33).

§. 27.

D. Veröffentlichungspflicht (Handelsregister).

a) Bedeutung und Einrichtung des Handelsregisters.[1])

Die öffentliche Stellung des Kaufmannes, der allgemeine Verkehr der Kaufleute sowohl unter einander als mit dem Publicum erheischt es, daß gewisse auf den Handelsbetrieb bezügliche Thatbestände in verläßlicher Weise öffentlich bekannt gemacht werden. Der gesammte Verkehr beruht eben auf Vertrauen und Wahrheit, deren sicherster Prüfstein und sicherste Grundlage zugleich die Oeffentlichkeit ist. Die Form nun, mittelst welcher die einzelnen Thatbestände offenkundig gemacht werden, ist die Eintragung in das Handelsregister (Art. 12—14 H. G. B. u. V. O. des Justiz- u. H. Min. im Einvernehmen mit den Finanzmin. v. 9. März 1863, Nr. 27 R. G. Bl.) u. z. sowohl in das der Hauptniederlassung als in jenes der Zweigniederlassungen. Für Genossenschaften haben diese Eintragungen in das dem Handelsregister nachgebildete Genossenschaftsregister zu geschehen, für welches das Gesetz vom 9. April 1873, Nr. 70 R. G. B., und M. V. O. vom 14. Mai 1873, Nr. 71 R. G. Bl., im Großen und Ganzen den Normen des Handelsgesetz-

16) Siehe die Aufzählung im I. Bande der Manz'schen Gesetzessammlung und in v. Weigelperg's Compendium der auf das Gewerbewesen bezugnehm. Ges. ꝛc. 3. Aufl. (1894) S. 709 ff.; für Deutschland in Friedberg's Ausg. des H. G. B. Vgl. hiezu auch Schima a. a. O. S. 51 ff. (Nr. VIII.)

17) Das östr. M. Sch. G. trat nach Ablauf von drei Monaten vom Tage der Kundmachung d. i. vom 19. Febr. 1892 an gerechnet in Kraft. (§. 34 M. Sch. G.)

1) Vgl. außer d. Lehr- u. Handb. u. der Comm. z. H. G. B. auch Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister. Späing, Handelsregister u. Firmenrecht. 1884. (S. auch Lit. §. 28 Note 1.) — H. G. B. Art. 12—14 und die im Texte citirten Verordnungen. In Ungarn sind die Handelsregister von den Gerichten überhaupt (§. 7 ung. H. G. B.), in Bosnien und Herzegowina von den Kreisgerichten geführt. (§. 8 bosn. H. G.)

buches für das Handelsregister analoge Bestimmungen enthalten[2]). Auszüge dieser Eintragungen werden in öffentlichen Blättern publicirt.

I. Die Führung dieser Register obliegt in Oesterreich jedem Handelsgerichte oder jedem anderen zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmten Gerichtshofe für den ganzen Umfang seines Sprengels (§. 1 M. V. O. v. 9. März 1863, Nr. 27 R. G. Bl.; Art. 12 H. G. B. u. §. 1 M. V. v. 14. Mai 1873, Nr. 71 R. G. Bl.). Es sind nicht bloß formale, sondern bisweilen auch Rechtsfragen, die hier in Betracht kommen, weshalb hier auch ein gerichtlicher Instanzenzug nach den Regeln des Verfahrens außer Streitsachen (Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 R. G. Bl.) zulässig ist (§. 15 östr. Einf. Ges.).[3]) Die bezügliche Thätigkeit des Beamten aber erscheint weniger als eine richterliche, als vielmehr als eine justizpolizeiliche.[4])

Seiner inneren Einrichtung nach zerfällt das Handelsregister in ein Register für Einzelfirmen für die Firmen der Einzelkaufleute, auch wenn sie ihr Geschäft mit stillen Gesellschaftern betreiben, und ein Register für Gesellschaftsfirmen (§§. 2—17 obcit. M. V. O. v. 1863). Die in letzterem nicht vollinhaltlich eingetragenen Verträge, Beschlüsse oder Urkunden sind in Abschrift oder Abdruck im Beilagenbuch zu sammeln, welches somit eine Ergänzung des Gesellschaftsregisters bildet (§. 10 cit. M. V. O.). Außerdem schreibt §. 16 der mehrerwähnten M. V. O. Anlage und Führung von Nachschlageregistern verschiedener Art vor.

II. Eintragungen in das Handelsregister haben in der Gerichtssprache (d. i. nach §. 13 Allg. G. O. in der „landesüblichen" Sprache), in Böhmen und Mähren aber in der Sprache des diesbezüglichen mündlichen oder schriftlichen Ansuchens bezw. des Bescheides, auf Grund dessen sie erfolgen (§. 10 V. O. des Min. d. Inn. u. der Justiz v. 19. April 1880, Z. 5519; Nr. 14 L. G. Bl. f. Böhmen, Nr. 17 L. G. Bl. f. Mähren), mit thunlicher Kürze, in deutlicher Schrift und mit Vermeidung von Correcturen, Radirungen und Zwischenschriften zu geschehen (§. 14 M. V. O. v. 9. März 1863, Nr. 27 R. G. Bl.) und können nur infolge eines Beschlusses des Gerichtshofes erfolgen. (§. 18 der letztcit. M. V. O.) Ueber Abfassung (§. 23) und Ausführung (§§. 20, 24) dieser Beschlüsse, sowie überhaupt über die diesbezügliche Geschäftsführung enthält die letztcitirte Ministerialverordnung detaillirte Instructionen, namentlich auch bezüglich der Aufnahme von Protokollen über mündliche Anmeldungen und Firmazeichnung oder Unterschrift vor Gericht (§. 21), Prüfung der Anmeldung (§. 22), Berichtigung von Irrthümern (§. 14), Ausstellung von Zeugnissen und Abschriften (§. 25) und Aufbewahrung der Registeracten (§§. 26 u. ff.).

III. Die Anmeldungen zum Handelsregister (§. 10 des Einf. Ges.) und ebenso jene zum Genossenschaftsregister können mündlich u. z. persönlich oder durch einen mit einer gerichtlich oder notariell beglaubigten

2) Vgl. 11. Titel des ung. u. des bosn.-herzeg. H. G. u. D. R. Genossensch. G. v. 1. Mai 1889, R. G. Bl. S. 55, sammt Ausführungsbestimmungen v. 11. Juli 1889, R. G. Bl. S. 150.

3) Ebenso Adler-Clemens I. Nr. 3.

4) v. Völderndorff in Endemann's Handb. I. §. 57 (S. 227); Spiller, Der Handelsrichter als Commissarius zur Führung des Handelsregisters (1876).

Vollmacht sich ausweisenden Machthaber bei Gericht zu Protokoll gegeben oder auch in gerichtlich oder notariell beglaubigter Form eingereicht werden, was §. 17 Einf. Ges. noch ausdrücklich bezüglich der Ehepacten normirt. Ohne Anmeldung, von Amtswegen, erfolgt die Eintragung der Auflösung einer Genossenschaft durch Concurs oder behördliche Verfügung (§. 5 M. V. O. vom 14. Mai 1873).

IV. Damit das Handelsregister seinen Zweck erfüllen kann, muß es öffentlich sein; entsprang es ja doch dem Bedürfnisse der Kaufleute, gewisse Thatsachen offenkundig zu machen. Diese Publicität des Handelsregisters äußert sich in dreifacher Weise:

1. Es muß Jedermann ohne eine Bescheinigung seines Interesses während der Gerichtsamtsstunden Einsicht in das Register sammt Beilagen gestattet sein (Art. 12 H. G. B. u. §. 18 Einf. Ges.).[5])

In dringenden Fällen kann auch außerhalb der Amtsstunden die Einsichtnahme gestattet werden[6]), ohne daß aber Jemandem ein Recht hiezu zustände.[7]) Der Beweis der Dringlichkeit obliegt dem Einsichtswerber, die Entscheidung hierüber steht der Registerbehörde zu.

2. Aber auch ohne Einsichtnahme in das Register soll Jedermann zur Kenntniß von dessen Inhalt gelangen können. Dies geschieht durch in der Regel vollinhaltliche einmalige Veröffentlichung der in das Register erfolgenden Eintragungen in bestimmten vom Handelsgerichte alljährlich im December bekanntzugebenden öffentlichen Blättern (Art. 13, 14 H. G. B.[8]), §. 11 Einf. Ges.) Nicht vollinhaltlich, nur auszugsweise werden die auf die Errichtung und Abänderung des Gesellschaftsvertrages einer Commanditactien- oder Actiengesellschaft, sowie einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft bezüglichen Eintragungen veröffentlicht (Art. 176, 198 Abs. 2, Art. 210[9]), 214 Abs. 2, M. V. O. vom 14. Mai 1873, Nr. 71 R. G. Bl.).[10]) Ausgeschlossen von der Veröffentlichung sind der zur Eintragung bezw. zur Löschung gelangende oder zu ändernde Name, Stand, Wohnort und Vermögenseinlage des Commanditisten (Art. 151 Abs. 3, 155 Abs. 2, 156, 171 Abs. 2).[11]) Eine dreimalige Einschaltung ist vorgeschrieben für den Fall der nicht zufolge Concurses erfolgten Auf-

5) Vgl. Ung. H. G. §. 7; bosn. §. 8.

6) Protokolle S. 22; jedoch bestritten, s. hierüber Anschütz und v. Völderndorff. Comm. Note 6 zu Art. 12, wo eine Lösung dahin versucht wird, daß dann, wenn die Gerichtslocalitäten geöffnet sind und der mit der Führung des Registers betraute Gerichtsbeamte anwesend ist, dieser sich nicht weigern dürfe, die Einsicht in das Register im Bedürfnißfalle zu gestatten, wenn auch nicht gerade Dienstzeit ist.

7) Brix, Comm. Nr. 4 zu Art. 12.

8) Vgl. ung. H. G. §§. 8 und 9; bosn. §§. 9 und 10.

9) Vgl. Ung. H. G. §. 158; bosn. §. 163.

10) v. Stubenrauch, H. R. §. 16 Nr. 5 führt hier auch noch die auszugsweise Publication der Ehepacten an; dies ist jedoch keine auszugsweise Kundmachung der Eintragung, sondern eine vollinhaltliche Kundmachung des in das Register einzutragenden Auszuges aus den Ehepacten (§. 17 Einf. G.).

11) In Ungarn wird bei Kundmachung der Commanditgesellschaft Name, Stand und Wohnort der Commanditisten, sowie die Angabe des Betrags ihrer Vermögenseinlage bloß auf Verlangen der Betreffenden bekanntgegeben (§. 126 ung. H. G. B.), ebenso §§. 130, 131, 145; wie im ung. H. G., so auch in Bosnien: §§. 130, 134, 135, 149.

lösung einer Actiengesellschaft (Art. 243)[12]) und bei theilweiser Rückzahlung des Grundcapitals an die Actionäre (Art. 248).[13]) Die Wahl der öffentlichen Blätter zu diesem Zwecke steht in Oesterreich dem Chef der politischen Behörde nach Rücksprache mit dem Handelsgerichte zu (§. 11 Einf. Ges.). Es ist selbstverständlich, daß jede Publication in allen hiezu bestimmten Blättern zu geschehen hat.[14]) Für den Fall, daß eines der bezeichneten Blätter im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, ist auf eben dieselbe Weise ein anderes Blatt an dessen Stelle zu bestimmen und öffentlich bekanntzugeben (Art. 14 H. G. B.).[15])

3. Endlich äußert sich das Princip der Oeffentlichkeit des Handelsregisters auch noch darin, daß gegen Zahlung der Kosten auch Abschriften von Eintragungen gefordert werden können, die auf Verlangen zu beglaubigen sind (Art. 12 H. G. B. u. §. 18 Einf. Ges.).[16]) Beglaubigte Abschriften können in Oesterreich nach §. 25 der obcit. M. V. O. v. 1863 vom vollständigen Inhalt einer Einlage und von einzelnen Eintragungen, sowie vollinhaltlich oder auch auszugsweise von den Urkunden des Beilagenbuches gegeben werden. Desgleichen sind in Oesterreich amtliche Zeugnisse aus dem Handelsregister und dessen Urkunden zulässig, insbesondere auch darüber, daß eine bestimmte Firma oder eine bestimmte Eintragung im Handelsregister nicht vorkomme.

§. 28.

b) Anmeldungen und Eintragungen in das Handelsregister insbesondere.[1])

Das Handelsgesetzbuch enthält keine zusammenhängende Aufzählung der bei der Registerbehörde anzumeldenden und in das Register einzutragenden Thatsachen, sondern erwähnt an den einschlägigen Stellen, daß eine bestimmte Thatsache oder bestimmte Rechtsverhältnisse anzumelden bezw. einzutragen sind. Der Kreis der vorgeschriebenen Eintragungen ist aber nicht auf die im Gesetze angeordneten Eintragungen beschränkt, sondern einzelne Einführungsgesetze[2]) schreiben noch die Eintragung anderer

12) Ung. H. G. §. 202; bosn. §. 217.

13) Nicht so ung. H. G. (§. 209); bosn. (§. 224).

14) Protokolle S. 897.

15) In Ungarn erfolgen alle Publicationen in dem zu diesem Zwecke vom k. u. Handelsministerium (früher Ministerium für Ackerbau, Industrie und Handel) herausgegebenen Central-Anzeiger, in Croatien-Slavonien im dortigen Amtsblatte (§§. 8 u. 9 ung. H. Ges.). In Bosnien ist hiezu die Landeszeitung (Amtsbatt) bestimmt (§§. 9 u. 10 bosn. H. G.), jedoch kann auch nebstbei die Kundmachung auf Kosten und Verlangen der Betheiligten auch in anderen von diesen zu bezeichnenden Blättern durch die Gerichte verfügt werden.

16) Ebenso in Ungarn §. 7; in Bosnien §. 8 H. Ges.

1) Literatur: v. Hahn, Comm. I. §§. 4 u. 5 zu Art. 12, Thöl, H. R. (6. Aufl.) I. §. 54, V. Völderndorff in Endemann's Handbuch I. §. 58; v. Stubenrauch, H. R. §. 17. Birkenbihl in Ring's Arch. f. bürg. R. VI. S. 208 ff.; O. Rudorff, Vorschriften über die Führung des Handelsregisters (I. 1882); Delius in Ztschr. f. H. R. XXXVIII. S. 427 ff.; Kayser in Gruchot's Beitr. XIX. S. 749 ff.; v. Hergenhahn in Wochenschrift f. Act. R. 1892. — Rechtsquellen s. §. 27, Note 1 u. 2.

2) Ueber die verschiedenen Einf. Gesetze siehe v. Hahn, Comm. I. §. 5. zu Art. 12 und v. Salpius, Die Ergän-

Thatsachen in das Handelsregister vor als jener, welche im Handelsgesetzbuche angeführt sind, so das östr. Einf. Ges. 1) die Eintragung des Concurses,[3]) die Einleitung und Aufhebung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Kaufmannes sowie einer Handelsgesellschaft oder einer Person, welche an der letzteren als persönlich haftender Gesellschafter oder bei der Commanditgesellschaft als Commanditist betheiligt ist, u. z. von Amtswegen (§. 14), und 2) die Eintragung der der Ehefrau eines registrirten Kaufmannes oder eines persönlich haftenden Gesellschafters einer registrirten Handelsgesellschaft eingeräumten Vermögensrechte (§. 16). Ebenso ergibt sich aus dem Gesetzbuche, wer anzumelden befugt bezw. verpflichtet ist.

Es finden sich nun im Handelsgesetzbuche folgende Eintragungen vorgeschrieben, welche, insofern im Nachstehenden nicht Anderes bemerkt ist, für Einzelfirmen vom Principal des Geschäftes (Art. 19, 45)[4]), bei offenen Handelsgesellschaften und Commanditgesellschaften von sämmtlichen Gesellschaftern (Art. 88, 151)[5]), bei Commanditgesellschaften auf Actien von allen persönlich haftenden Gesellschaftern (Art. 177), bei Actiengesellschaften (arg. Art. 228)[6]), von den Mitgliedern des Vorstandes angemeldet werden müssen:

1) Begründung und Endigung der Einzelfirma (Art. 19, 21, 25)[7]), Errichtung der Handelsgesellschaften, und die Endigung derselben mit Ausnahme der Auflösung infolge der Eröffnung des Concurses (Art. 86, 129, 151, 152, 171, 176, 179, 201, 210, 212, 243, 247 Z. 4)[8]) u. z. sowohl rücksichtlich der Haupt- als der Zweigniederlassung (vgl. Art. 21, 86, 152, 179, 212)[9]), und Aenderung der Firma des Einzelkaufmannes (Art 25)[10]) und der offenen Handelsgesellschaft (Art. 87)[11]) und der Commanditgesellschaft (Art. 155)[12]).

2) Wechsel des Inhabers einer Einzelfirma (Art. 25)[13]), sowie Aenderung in der Mitgliederschaft einer offenen Handelsgesellschaft oder Commanditgesellschaft, sei es durch Eintritt eines neuen Gesellschafters (Art. 87, 156)[14]) oder durch Ausscheiden oder Ausschließung eines Gesell-

zungen der Allg. D. W. O. u. des Allg. D. H. G. B. (1870) S. 87 u. f.

3) Nach §. 104 der deutschen Reichs-Concursordnung ist dem Handels- und Genossenschaftsregister seitens des Gerichtsschreibers von der Concurseröffnung über das Vermögen des Cridatars die Anzeige zu machen.

4) Ung. H. G. §§. 16, 41, 42; bosn. §§. 18, 44, 45.

5) Ung. H. G. §§. 67, 126; bosn. §§. 71, 130.

Die Vorschrift des Allg. Deutschen H. G. B. (Art. 151) wie die diesem nachgebildete Bestimmung des ungar. und des bosn.-herzeg. H. G. B., daß auch die Commanditisten die Anmeldung der Errichtung einer Commanditgesellschaft unterzeichnen müssen, hängt mit der Wirkung der Eintragung bezüglich der Haftung der Commanditisten zusammen (v. Hahn, Comm. §. 2 zu Art. 151, u. §. 9 zu Art. 163).

6) Vgl. ung. H. G. §. 184; bosn. §. 196.

7) Ung. H. G. §§. 16, 18, 19; bosn. §§. 18, 20, 21.

8) Ung. H. G. §§. 65, 104, 126, 127, 145, 158, 202; bosn. §§. 69, 108, 130, 131, 149, 163, 217. — Vgl. D. R. G. v. 30. März 1888.

9) Ung. H. G. §§. 18, 65, 127; bosn. §§. 20. 69, 131.

10) Ung. H. G. §. 19; bosn. §. 21.

11) Ung. H. G. §. 66; bosn. §. 70.

12) Ung. H. G. §. 130; bosn. §. 134.

13) Ung. H. G. §. 19; bosn. §. 21.

14) Ung. H. G. §§. 66 und 131; bosn. §§. 70 und 135.

schafters einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Commanditgesellschaft (Art. 129, 170, 171).[15])

3) Aenderung des Sitzes einer offenen Handelsgesellschaft (Art. 87)[16]) und einer Commanditgesellschaft (Art. 155)[17]).

4) Ertheilung oder Erlöschung der Procura (Art. 45)[18]); diese Anmeldung hat durch den Principal der Firma zu geschehen, und wenn der Principal eine offene Handelsgesellschaft ist, durch jeden vertretungsbefugten Gesellschafter, wenn eine Commandit- oder Commanditactiengesellschaft, so durch jeden zur Vertretung befugten persönlich haftenden Gesellschafter und endlich wenn eine Actiengesellschaft, durch die Mitglieder des Vorstandes.

5) Ertheilung, Aufhebung bezw. nachträgliche Ertheilung oder Wiederertheilung der Vertretungsbefugniß eines offenen bezw. persönlich haftenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft (Art. 86 Z. 4, 87, 115)[19]) oder einer Commanditgesellschaft; ferner Ernennung oder Austritt eines Liquidators oder das Erlöschen der Vollmacht eines Liquidators einer Handelsgesellschaft (Art. 135, 172, 205, 244)[20]), endlich Bestellung des Vorstandes der Actiengesellschaft (Art. 228)[21]), sowie Wechsel der Mitglieder desselben (Art. 233).[22])

6) Bei Commanditactiengesellschaften und Actiengesellschaften auch jede andere (unter den vorstehenden Punkten nicht erwähnte) Aenderung des Gesellschaftsvertrages (Art. 198, 214)[23]), sowie insbesondere auch die Rückzahlung des Capitals der Commandit-Actionäre an diese (Art. 203) und des Grundcapitals einer Actiengesellschaft an die Actionäre (Art. 248).

Endlich sind nach Art. 19 H. G. B.[24]) der Principal, nach Art. 45[25]) der Procurist, nach Art. 88[26]) die vertretungsbefugten Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, nach Art. 153 und 179 die persönlich haftenden Gesellschafter einer Commandit- bezw. Commanditactiengesellschaft, sowie der Vorstand der Actiengesellschaft (Art. 228)[27]) verpflichtet, die Firma nebst ihrer Namensunterschrift persönlich vor der Registerbehörde zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

Die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Zweigniederlassung setzt die Eintragung bei jenem der Hauptniederlassung voraus (Art. 21).[28])

In analoger Weise schreibt das Genossenschaftsgesetz vom 9. April 1873, Nr. 70 R. G. Bl., die Eintragung des Gesellschaftsvertrages (§. 3 Z. 3 u. §. 7) und jeder Aenderung desselben (§. 9), sowie die Anmeldung

15) Ung. H. G. §§. 104, 144, 145; bosn. §§. 108, 148, 149.

16) Ung. H. G. §. 66; bosn. §. 70.

17) Ung. H. G. §. 130; bosn. §. 134.

18) Ung. H. G. §§. 41, 42; bosn. §§. 44. 45.

19) Ung. H. G. §§. 65 Z. 4, 66, 91; bosn. §§. 69 Z. 4, 70, 95.

20) Ung. H. G. §§. 110, 146, 203; bosn. §§. 114, 150, 218.

21) Ung. H. G. §. 184; bosn. §. 196.

22) Ung. H. G. §. 184; bosn. §. 196.

23) Ung. H. G. §. 181; bosn. §. 192.

24) Ung. H. G. §. 16; bosn. §. 18.

25) Ung. H. G. §. 41; bosn. §. 44.

26) Ung. H. G. §. 67; bosn. §. 71.

27) Ung. H. G. §. 184; bosn. §. 196.

28) Ung. H. G. §. 18, bosn. §. 20. — Rücksichtlich der selbständigen Einlage für eine Zweigniederlassung beim Handelsgerichte der Hauptniederlassung siehe §. 11 der V. O. v. 9. März 1863 Nr. 27 R. G. Bl.

der Zweigniederlassung (§. 10), der Mitglieder des Vorstandes und jedes Wechsels derselben (§. 16), der Liquidatoren und jedes Wechsels derselben (§. 17) behufs Eintragung in das Genossenschaftsregister vor.[29])

§. 29.

c) Wirkungen der Eintragungen in das Handelsregister[1]) bezw. der Unterlassung derselben.

I. Die Bedeutung des Handelsregisters liegt in den Wirkungen der Eintragungen in dasselbe; diese aber sind zumeist ein Ausfluß des Principes der Publicität und zwar theils civilrechtlicher Natur, theils die Beweislast betreffend. Hier kommen nur speciell die Wirkungen der Eintragungen für den, der sie bewirkt, und für Jenen, welcher mit diesem in einem Rechtsverhältnisse steht oder zu stehen behauptet, in Betracht. Die Wirkungen auf ein Rechtsverhältniß zwischen Dritten sind nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden.[2])

Das Handelsgesetzbuch enthält keine allgemeinen Bestimmungen über die civilrechtlichen Wirkungen der Eintragungen in das Handelsregister. In den meisten Fällen haben die Eintragungen nur die Bedeutung einer Beurkundung von Thatsachen oder Verhältnissen, die anderweitig zu beweisen sind. Die Eintragung bezw. deren Unterlassung bewirkt daher in der Regel nur eine gewöhnliche Vermuthung, daß die eingetragene Thatsache bestehe oder nicht, daß sie zur Kenntniß des Publicums gelangt ist oder nicht. Ob diese Vermuthung begründet sei, ist im concreten Fall zu untersuchen. Der Dritte muß die eingetragene und öffentlich kundgemachte Thatsache gegen sich gelten lassen, außer die Umstände würden erweisen, daß er dieselbe weder kannte noch habe kennen müssen.[3]) Eine nicht eingetragene Thatsache kann einem Dritten nur insofern entgegengesetzt werden, als nachgewiesen wird, daß der Dritte sie thatsächlich kannte.

Nur in einzelnen Fällen macht das Handelsgesetzbuch die rechtliche Bedeutsamkeit einzelner Thatsachen von Eintragungen in das Register abhängig, so die Existenz einer Commanditactien- und einer Actiengesellschaft und die Giltigkeit ihrer Actien und Actienantheile (Art. 178, 211)[4]), die beschränkte Haftung des Commanditisten Dritten gegenüber (Art. 163[5]) u. 178) von der Registrirung der Gesellschaft. Desgleichen erlangt der Beschluß über Fortsetzung der Actiengesellschaft oder Aenderung ihres Vertrages (Art. 214)[6])

29) Vgl. Deutsches Genossenschaftsges. vom 1. Mai 1889. R. G. Bl. S. 55, §§. 10, 14, 15, 16, 82, 83, 95 (Concurs). In Ungarn und Bosnien erfolgen die bezüglichen Eintragungen in das Handelsregister (ungar. H. Ges. §§. 224 Z. 2, 226, 229, 248; bosn. H. Ges. §§. 247 Z. 3, 249, 252, 272, 277).

1) v. Völderndorff in Endemann's Hdb. I. §. 59, Behrend, H. R. I. §. 39. Vgl. Busch in s. Arch. I. S. 31 ff. Rechtsquellen siehe §. 27 Note 1 u. 2. —

2) Protokolle S. 928; v. Hahn, Comm. I. Vorbemerkung (§. 2) zum 2. Titel des I. Buches.

3) Vgl. hiezu die Ausführungen v. Hahn's in Comm. I. a. a. O. Keyßner in v. Holtzendorff's Rechtslexicon II. Bd. in dem Aufsatze „Handelsregister".

4) Ung. H. G. §. 160; bosn. §. 165.

5) Ung. H. G. §. 138; bosn. §. 142.

6) In Deutschland gilt diese Bestimmung nicht nur für Actiengesellschaften,

erst durch die Eintragung in das Handelsregister Giltigkeit. Ebenso beginnt nach Art. 146 Abs. 2 u. 172 die Klagverjährung gegen einen bisherigen Gesellschafter für dessen Anspüche gegen die Gesellschaft mit dem Tage der Eintragung seines Ausscheidens oder seiner Ausschließung bezw. der Auflösung der Gesellschaft zu laufen.[7])

Auch die Fristen, nach deren Ablauf den Commanditactionären und Actionären ihr Actienbetrag ganz oder theilweise ausgezahlt werden kann (Art. 202, 203, 245, 248)[8]), sowie die Frist, nach deren Ablauf die Vereinigung der Vermögensmassen fusionirter Actiengesellschaften zulässig ist (Art. 247 Z. 5)[9]), beginnen mit dem Tage der Eintragung in das Handelsregister bezw. mit dem Tage der Publication zu laufen.

Endlich haftet der nicht ausdrücklich als Commanditist eingetragene Gesellschafter einer Commanditgesellschaft sowie der eingetragene stille Gesellschafter gleich einem offenen Gesellschafter (Art. 168, 257).[10])

II. Die Unterlassung der correcten Anmeldung innerhalb bestimmter Frist wird — abgesehen von obigen rechtlichen Folgen — mit Ordnungsstrafen geahndet.[11]) Der Ordnungsstrafe hat eine Mahnung auf correcte Anmeldung binnen bestimmter Frist vorauszugehen, deren Nichtbeachtung eine Geldstrafe nach sich zieht, die nicht in Arreststrafe verwandelt werden kann und dem Armenfond am Sitze des Handelsgerichtes zukommt (§. 12 des östr. Einf. Ges. z. H. G. B.).

§. 30.

E. Die Pflicht zur Buchführung und die aus derselben dem Kaufmanne entspringenden Rechte.[1])

a) Im Allgemeinen.

Der Kaufmann ist nicht nur ein für sich allein bestehendes Rechtssubject, „seine Thätigkeit greift so gewaltig und einschneidend auf beinahe alle Gebiete des Verkehrslebens über, daß man wohl mit Recht sagen kann, sein Wohl und Wehe ist zugleich dasjenige einer ganzen Reihe anderer wirthschaftlicher Existenzen".[2]) Ordnung und Wahrheit sollen daher seine Geschäftsführung durchdringen und jederzeit einen klaren Blick in dieselbe gewähren. Als äußeres Mittel hiezu bietet sich die Buch-

---

sondern auch für Commanditactiengesellschaften (Art. 214 und Art. 180 f. nach Fassung des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884, Nr. 22 R. G. Bl. v. 1884), vgl. ungar. H. G. §. 181, bosn. §. 192, woselbst dieselbe Bestimmung getroffen ist rücksichtlich der Generalversammlungsbeschlüsse, welche die Statutenänderungen, Auflösung einer Actiengesellschaft bezw. deren Fusion mit einer anderen betreffen.

7) Ung. H. G. §§. 121, 146; bosn. §§. 125 und 150.

8) Vgl. ung. H. G. §. 204; bosn. §. 219. [Z. 4.

9) Ung. H. G. §. 208 Z. 4; bosn. §. 223

10) Ung. H. G. §. 142; bosn. §. 146.

11) v. Hahn, Comm. I. a. a. O. §§. 13 und 14; s. auch oben §. 7 Note 9.

1) Literatur außer den Comm. z. H. G. B. v. Völderndorff in Endemann's Handb. I. §§. 60—63; Endemann, H. R. §. 25; Behrend, H. R. I. §. 42, und die daselbst angegebene Literatur; ferner v. Stubenrauch, Oestr. H. R. §§. 27 bis incl. 36; Beigel, Die Buchführung nach den gesetzlichen Bestimmungen des Deutschen Reiches und des Auslandes (Leipzig 1891); Braune in Ztschr. f. H. R. XXVII. S. 158 ff. — H. G. B. Art. 28—40; ungar. H. G. §§. 25—36, bosn. §§. 27—39.

2) Beigel a. a. O. S. IX.

führung dar, durch welche die gesammte kaufmännische Thätigkeit und ihr Erfolg, die geschäftliche Stellung und Lage des Kaufmannes offen dargelegt werden soll, auf daß in derselben der Kaufmann selbst Belehrung über seine Lage, eine strenge Richterin über seine Geschäftsgebahrung und eine Führerin und Wegweiserin für sein Handeln und Können, ein Beweismittel für seine Redlichkeit und Umsicht, und im Unglücke einen Rettungsanker für seinen unbescholtenen Namen und für seine Ehre, der Richter ein getreues Bild der Thätigkeit des Geschäftsmannes und ein Beweismittel und eine Stütze für die Urtheilsschöpfung, der Dritte aber, der mit dem Kaufmanne in geschäftliche Verbindung tritt, eventuell eine feste Grundlage für sein Vertrauen, und endlich der überlebende Nachkomme wie der eventuelle Geschäftsübernehmer Klarheit über alle geschäftlichen Vorgänge des bisherigen Geschäftsinhabers finden könne. Von dieser Erkenntniß ausgehend haben die Codificatoren des Handelsgesetzbuches — allerdings ohne Androhung von Strafen im Unterlassungsfalle[3]) — dem Kaufmanne die Pflicht ordnungsmäßiger Buchführung auferlegt und auch allgemeine diesbezügliche Vorschriften in das Handelsgesetzbuch aufgenommen (Art. 28 bis einschl. 40)[4]), ohne aber den Kaufmann mit engherzigen, eingehenden und schließlich ihren Zweck verfehlenden Vorschriften zu behelligen. Ja, das Gesetz schreibt nicht einmal vor, welche Bücher zu führen sind, enthält auch keine Vorschriften über die Methode der Buchführung, sondern verpflichtet den Kaufmann nur, „Bücher zu führen, aus welchen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind" (Art. 28 H. G. B.)[5]), und schafft nur ganz allgemeine Normen, welche „mindestens" von jedem Kaufmanne eingehalten werden müssen, „um in allen Fällen, in denen die Bücher vor Gericht Auskunft zu geben haben, deren ordnungsmäßige Führung nach . . . . einheitlich geregeltem Maßstabe beurtheilen zu können".[6]) Die Art der Buchführung ist so wesentlich von Art und Umfang des Geschäftsbetriebes abhängig, daß es dem Gesetzgeber kaum möglich wäre, hiebei alle Einzelnheiten und Verschiedenheiten gebührend

---

3) Eine Strafsanction ist enthalten in den Bestimmungen des Str. Ges. B. über schuldbare Crida, §. 486 lit. c, d (in Deutschland früher R. St. G. B. §§. 281, 283, jetzt R. Conc. O. §§. 209, 210).

4) Fast nur redactionell verschieden hievon sind §§. 25—36 des ungar. und §§. 27—39 des bosn. H. Ges. B. Einzelne Abweichungen dieser Gesetze von dem Allg. Deutschen H. G. B. werden unten an den einschlägigen Stellen erwähnt werden.

5) Die Fassung des preuß. Entwurfes, „aus welchen zu jeder Zeit seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind", wurde bei den Berathungen verworfen, indem geltend gemacht wurde, daß es keine Bücher gebe, aus welchen allein (ohne Inventur) zu jeder Zeit die Vermögenslage eines Kaufmannes ersehen werden könne (Protokolle der Nürnb. Conferenzen S. 44). Vgl. Erk. d. obst. G. H. in Beil. zum V. Bl. des Justizminist. VII. Nr. 623. — Für ein neben seinem Handelsgewerbe betriebenes Geschäft ist der Kaufmann nur insoweit zur Buchführung verpflichtet, als ohne eine solche eine vollständige Uebersicht seiner Vermögenslage nicht gewährt werden kann. (Erk. d. R. G. in Straff. 2. Strafsenat v. 2. Febr. 1894 in Nordd. Allg. Ztg. v. 9. Juni 1894.)

6) Beigel a. a. O. S. XIII.

zu berücksichtigen; und was für den größeren Geschäftsbetrieb kaum ausgereicht hätte, wäre vom kleineren Kaufmanne schon zu viel verlangt.

Die Buchführungspflicht erstreckt sich nur auf Kaufleute im Sinne des H. G. B. (Art. 4. u. 6)[7]), nicht aber auf die sogenannten Kaufleute minderen Rechtes (siehe oben §§. 17 u. 18). Letztere können allerdings Handelsbücher führen, die sogar unter Umständen eine gewisse Beweiskraft haben (siehe unten §. 32), aber sie sind zur Buchführung nicht verpflichtet. Dasselbe wie für die Einzelnkaufleute gilt bezüglich der Buchführung auch für die Handelsgesellschaften (Art. 5 H. G. B.).[8]) Der einzelne Handelsgesellschafter aber ist nur dann zur Buchführung verpflichtet, wenn er zugleich ein selbständiges Handelsgewerbe betreibt.[9]) Der Umstand, daß die Handelsbücher nach dem oben citirten Art. 28 des H. G. B. die einzelnen Handelsgeschäfte des Kaufmannes sowie die Lage seines Vermögens vollständig ersehen lassen sollen, bringt es mit sich, daß der Gesellschafter in diese Bücher nicht nur seine einzelnen selbständigen Handelsgeschäfte, sondern auch Alles aufzunehmen hat, was er in die Gesellschaft einbringt bezw. aus derselben bezieht, sowie insbesondere auch seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen, wie dieser sich nach der jeweiligen Bilanz herausstellt.[10])

§. 31.

b) Allgemeine Formvorschriften des Handelsgesetzbuches rücksichtlich der Handelsbücher.

Mit Rücksicht auf die den ordnungsmäßig geführten Handelsbüchern durch das Gesetz zuerkannte Beweiskraft, war es seitens der Gesetzgebungscommission des Handelsgesetzbuches für nothwendig erachtet worden, einige wenige, die Glaubwürdigkeit der Bücher begründende bezw. bedingende Formvorschriften zu geben (Art. 32 und 36 H. G. B.):

1. Bei Führung der Handelsbücher hat sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen zu bedienen.[1])

7) Ung. H. G. §. 3; bosn. H. G. §§. 3, 4.

8) Vgl. Art. 145, 172, 246 H. G. B., dasselbe ergibt sich aus §. 4 des ungar. und §. 5 des bosn. H. Ges.

9) Vgl. insbes. v. Hahn, Comm. I. §. 1 zu Art. 28.

10) v. Hahn, I. a. a. O.

1) Insbesondere sollte hiedurch die hebräische Sprache ausgeschlossen werden (in Oesterreich bereits vorher ausgeschlossen. Fischer-Ellinger, H. R. S. 176), Motive z. preuß. Entw. S. 22; Prot. S. 48 und Schindler in Allg. östr. Ger. Ztg. XIV Nr. 44 (deutsche Ger. Ztg. v. 1863 Nr. 16, 18, 19). Stenographische Zeichen sind gleichfalls unstatthaft (v. Völderndorff, Comm. I. Nr. 1 zu Art. 32); auch die sog. Weltsprache, das „Volapück", ist nicht als lebende Sprache aufzufassen. Dasselbe enthält willkürlich festgesetzte Wortzeichen und nicht etwa organisch entwickelte Worte, ist daher wohl der Stenographie zu vergleichen, nicht aber einer Sprache gleichzustellen. An diesem Gegensatze zwischen Sprache und Volapück ändert auch nichts eine etwa wachsende Verbreitung des letzteren, ja selbst eine gesetzliche Anerkennung des Volapück als „Sprache" würde nur auf einer willkürlichen Fiction beruhen. Es ist daher Fuchsberger-Gareis, Comm. z. H. G. B., Note 21 bei Art. 31, nicht beizustimmen, welche die Entscheidung darüber, ob das Volapück als „lebende Sprache" aufzufassen sei, davon abhängig machen wollen, „ob die zur Zeit (1888/89) nur in Vereinen und in einer eben erst ent-

2. Die Bücher müssen gebunden und jedes Buch für sich muß Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen sein, um Fälschungen derselben durch Herausnahme oder Einschiebung einzelner Blätter zu verhindern.[2])

3. An Buchstellen, welche in der Regel beschrieben werden, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden, damit nicht nachträgliche Eintragungen vorgenommen werden können.

4. Der ursprüngliche Inhalt der Eintragungen darf nicht durch Durchstreichen oder auf andere Art (Ueberschreiben, Radiren) unleserlich gemacht oder beseitigt werden, „noch dürfen solche Veränderungen vorgenommen werden, bei deren Beschaffenheit es ungewiß ist, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind" (Art. 32). Hienach sind Correcturen überhaupt thunlichst zu vermeiden, aber doch zulässig, wenn durch dieselben die unrichtige Eintragung nicht unleserlich gemacht bezw. nicht beseitigt wird. Eine vor erfolgter Weiterübertragung in andere Bücher entdeckte unrichtige Eintragung darf daher nicht etwa durch Radiren beseitigt werden, sondern ist einfach durchzustreichen, jedoch so, daß das Durchstrichene lesbar bleibt. Ebenso sind unrichtige Worte und Zahlen u. s. w., welche noch nicht in ein anderes Buch übertragen worden sind, unter Aufrechterhaltung ihrer Lesbarkeit einfach durchzustreichen und durch die richtige Eintragung zu ersetzen.[3]) Eine vergessene Buchung ist unter dem Datum, an welchem man dies merkte, sowie mit

---

stehenden Literatur gepflegte Sprache wirklich in den Verkehr eindringt und zwar ohne Beschränkung auf einen Verkehr, welcher nur unter Bekannten oder Vereinsmitgliedern als solchen, sondern in allgemeinen Handelsbeziehungen (wenn auch nicht ausschließlich oder auch nur vorwiegend) gebräuchlich wird."

Der neugriechischen Sprache aber dürfte nichts im Wege stehen; dagegen dürfte es unstatthaft sein, sich griechischer Schriftzeichen für deutschen Text zu bedienen. (Anderer Ansicht Fuchsberger-Gareis Comm. Nr. 22 zu Art. 31, die den Gebrauch griechischer Schriftzeichen nicht nur dann, „wenn durch sie deutscher Text fixirt werden soll", sondern überhaupt für unzulässig erklären. Vgl. auch v. Völderndorff, Comm. I. Nr. 1 zu Art. 32, der sich aber auf den Ausschluß der griechischen Schriftzeichen für deutschsprachige Handelsbücher zu beschränken scheint; Staub, Comm. §. 1 zu Art. 32. Wohl aber ist ausgeschlossen die altgriechische und lateinische Sprache. Für deutschsprachige Eintragungen ist auch latein. Schrift zulässig.

Bei Einführung des allgem. deutschen H. G. B. in Oesterreich war in dem Regierungsentwurfe des Einführungsgesetzes ausdrücklich die Bestimmung aufgenommen worden, daß die jüdische Sprache als eine lebende Sprache im Sinne des H. G. nicht anzusehen sei und daß der Gebrauch jüdischer Schriftzüge bei Führung der Handelsbücher nicht zulässig sei. Der Ausschuß des Abgeordnetenhauses (Ausschußbericht S. 8) und auch das Abgeordnetenhaus lehnten die Aufnahme einer solchen Bestimmung ab, indem der Berichterstatter den Ausschußantrag dahin erläuterte, daß dieser der Ansicht gewesen sei, Art. 32 bedürfe keiner weiteren Erläuterung, indem es der Doctrin überlassen sein muß, zu interpretiren, was lebende Sprache sei (Stenogr. Prot. S. 3905).

2) In Ungarn müssen die Handelsbücher gebunden (§. 25 ungar. H. Ges.), in Bosnien gebunden und paraphirt sein (§. 27 bosn. H. Ges.). Unter Paraphirung (siehe französ. code de comm. art. 10) wird die amtliche Beglaubigung der Seiten verstanden.

3) Bei Eintragung unrichtiger Zahlen oder eines ganzen Posten auf ein unrichtiges Conto soll die Correctur durch eine Gegenbuchung (Stornoposten) vorgenommen werden (Beigel a. a. O. S. 7).

dem ausdrücklichen Vermerke einzutragen, daß dieser Posten unter dem früheren richtigen Datum einzutragen gewesen wäre.

5. Die Eintragungen in Handelsbücher können, unbeschadet ihrer Beweiskraft, auch durch Handlungsgehilfen vorgenommen werden.

6. Eine zwar nicht die äußere Form der Bücher oder die Buchführung betreffende, aber doch auch auf die Beweiskraft der Handlungsbücher Bezug habende Vorschrift enthält Art. 33 des Handelsgesetzbuches, welcher die Kaufleute verpflichtet, ihre Handelsbücher während zehn Jahren, von dem Tage der in dieselben geschehenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren.

§. 32.

c) Beweiskraft der Handelsbücher.[1]

Genau und gewissenhaft geführte Bücher geben ein genaues Bild der einzelnen Geschäfte und Verträge des Kaufmannes mit seinen Contrahenten; sie müssen aber imstande sein, im Streitfalle über das gesammte geschäftliche Gebahren des Kaufmannes genaue Auskunft oder doch wenigstens Anhaltspunkte zu geben; und je vollkommener, gewissenhafter und ordnungsmäßiger die Bücher geführt sind, desto mehr Glaubwürdigkeit und Beweiskraft wird ihnen im Streitfalle beigemessen werden können, sowie andererseits Lücken, Mängel, Unregelmäßigkeiten und unrichtige Einträge die Beweiskraft und Bedeutung der Bücher schwächen, ja unter Umständen ganz aufheben.

Hier ergeben sich die Fragen: für wen, gegen wen, was, in welchem Maße und wie lange die Handelsbücher beweisen.

I. Die Handelsbücher beweisen für den Buchführenden selbst, d. i. zu dessen Gunsten und Vortheil. Dieser im Wesen der Handelsbücher begründete Satz hat sich nur allmählig und langsam im Laufe der Zeiten entwickelt, als Ausnahme von dem Grundsatze des römisch-canonischen Proceßrechtes „scriptura non probat pro scribente“. Dies hat seinen Grund in der oben besprochenen Bedeutung der Handelsbücher, in dem Interesse, welches der Kaufmann selbst an der gewissenhaften und wahrheitsgemäßen Buchführung hat, in den formalen Vorschriften, welche das Handelsgesetzbuch zur Hintanhaltung von Fälschungen gibt, und endlich in dem Umstande, daß die Eintragungen in gewisse Bücher (z. B. in die Strazze) sofort nach dem Eintritte der betreffenden Thatsache, nach Beschluß des betreffenden Geschäftes zu erfolgen hat, und daß die meisten Einträge in mehrere Bücher bezw. an verschiedenen Stellen erfolgen, so daß Fälschungen schwierig, Irrthümer aber leicht zu entdecken sind.[2]

Doch nur für jenen Buchführenden, der Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs ist, gleichgiltig ob die Voraussetzung des §. 7 des Einf. Ges. rücksichtlich der Steuerleistung zutrifft oder nicht (§. 20 Einf.

1) Als Literatur ist hier zu nennen: außer den in §. 30 Note 1 cit. Werken noch v. Anschütz in Ztschr. f. H. R. I. S. 209 ff.; Endemann ebda. II. S. 329 ff. Busch in seinem Archiv f. H. u. W. R. I. S. 34 (Beweiskraft), Keyßner, ebenda II. S. 301. — Rechtsquellen s. §. 30 Note 1.

2) v. Stubenrauch, H. R. §. 31.

Ges.), können ordnungsmäßig geführte Handelsbücher Beweis liefern, jedoch im Falle geringerer als der in §. 7 Einf. Ges. angeführten Steuerleistung nur in zeitlich beschränkter Dauer (s. unter Nr. V).

Endlich können die Handelsbücher nicht nur für den buchführenden Kaufmann selbst, sondern auch für eine andere Person, für seine Mitcontrahenten Beweis liefern, indirect, indem sie gegen die Aussagen des buchführenden Kaufmannes zeugen, direct, indem sie die Behauptung des anderen Streittheiles erhärten, der zu diesem Zwecke die Vorlage der Handelsbücher des Ersteren verlangte.

Auch ausländische Handelsleute können — die Reciprocität vorausgesetzt — durch ihre Handelsbücher vor einem österreichischen Gerichte Beweis liefern (§. 22 Einf. Ges.).

II. Aus der Erörterung der Frage, für wen die Handelsbücher beweisen können, ergibt sich zugleich, gegen wen sie beweisen können; denn indem die Bücher für den Buchführer Beweis liefern, beweisen sie zugleich gegen den gegnerischen Streittheil, und indem sie für letzteren beweisen, zeugen sie gegen den Buchführenden selbst, letzteres aber nicht wie andere Privaturkunden, welche eben nur dann gegen den Aussteller beweisen, wenn er sie ausgehändigt hat, weil erst in der Aushändigung der Beweis dafür gefunden wird, daß sie animo confitendi ausgestellt worden sind, sondern infolge der Editionspflicht des buchführenden Kaufmannes, weil die Einträge in die Handelsbücher schon an sich in der Regel, sobald sie im Processe in entsprechender Absicht vorgelegt werden, als Geständnisse behandelt werden[3]), wobei es dem Buchführer aber unbenommen bleibt, im gegebenen Falle darzuthun und zu erhärten, daß die bestimmten gegen ihn zeugenden Einträge in die Bücher irrig sind.[4])

Rücksichtlich der Frage, ob die Handelsbücher des Kaufmannes auch gegen Nichtkaufleute beweisen, traf das Handelsgesetzbuch keine Entscheidung[5]) sondern überließ dies den Landesgesetzgebungen (Art. 34 H. G. B.). In Oesterreich war die allgemeine Beweisfähigkeit der Handelsbücher — also auch gegen Nichtkaufleute — bereits lange vor Einführung des Handelsgesetzbuchs anerkannt. Dieser österreichisch-rechtliche Grundsatz fand in den Bestimmungen der §§. 19 und 20 des Einf. G. z. H. G. B. seinen Ausdruck. Hienach kommt mit einer zeitlichen Beschränkung (siehe unter V) den Handelsbüchern der Kaufleute auch gegen Nichtkaufleute Beweiskraft zu, und unter derselben zeitlichen Beschränkung auch den ordnungsmäßig geführten Büchern jener Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs, bei welchen die Voraussetzungen des §. 7 des Einf. Ges. z.

3) Makower, Comm. Nr. 22a zu Art. 34; Beigel a. a. O. S. 163, 164.

4) Beigel a. a. O. S. 164.

5) Trotz der für die Beweisfähigkeit der Bücher gegen die Nichtkaufleute bei den Berathungen der Gesetzgebungscommission in Nürnberg vorgebrachten Gründe (wie die dadurch entstehende ungleiche Behandlung desselben Buches je nach der Person des Gegners, die Nothwendigkeit der Beweisfähigkeit wegen des Detailverkehres) wurde wegen Mangels einer gleichen Gegenwehr der Nichtkaufleute diese Frage den Landesgesetzen überlassen (Prot. S. 58 und 941).

H. G. B. nicht platzgreifen u. z. letztere in gleicher Dauer (ein Jahr sechs Monate) gegen Kaufleute wie gegen Nichtkaufleute.[6])

III. Object des Bücherbeweises sind die in das Buch eingetragenen Thatsachen[6a]), d. i. jene Thatsachen, zu deren Beurkundung die einzelnen Bücher dienen, nicht aber Vermerke, z. B. rücksichtlich der Qualität einer Waare, oder des Werthes von Vermögensbestandtheilen. Indem das Gesetz die Beweiskraft den Handelsbüchern nur bei Streitigkeiten über Handelssachen einräumt (Art. 34), ist es klar, daß auch nur Handelssachen (siehe oben §. 13) Gegenstand dieses Buchbeweises sein können, wodurch auch die oben beispielsweise erwähnten Vermerke ausgeschlossen sind. Nicht einmal alle vorgeschriebenen Eintragungen enthalten beweisbildende Thatsachen; denn das Handelsbuch muß, um seinen Zweck, die Lage des Vermögens eines Kaufmanns ersichtlich zu machen, zu erfüllen, auch Aufzeichnungen enthalten, die keine Handelsgeschäfte, keine Handelssachen betreffen, wie z. B. Ankauf eines Hauses, aber diese Eintragungen liefern keinen Beweis für den Buchführer.

Die Handelsbücher aber sind nicht bloß Beweismittel für positive Thatsachen, sondern sie können auch negativ durch das Nichteingetragensein einer Thatsache, eines Geschäftes, das nach dem Gesetze (Art. 28), sowie nach den Regeln kaufmännischer Buchführung sonst eingetragen sein müßte, den Schluß auf Nichtabschluß dieses Geschäftes gestatten.

IV. Rücksichtlich des Maßes der Beweiskraft der Handelsbücher bestimmt Art. 34 H. G. B., daß ordnungsmäßig geführte Handelsbücher bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten in der Regel einen unvollständigen Beweis liefern, der durch Eid oder andere Beweismittel ergänzt werden kann. Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalte der Bücher ein größeres oder geringeres Maß der Beweiskraft beizulegen ist, sowie darüber, ob in dem Falle als die Handelsbücher zweier streitender Theile nicht übereinstimmen, von diesem Beweismittel ganz abzusehen, oder ob den Büchern des einen Theiles eine größere Glaubwürdigkeit als jenen des anderen Theiles beizumessen sei.

Handelsbücher, bei deren Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, können nach Art. 35 H. G. B. als Beweismittel nur insoweit berücksichtigt werden, als dies nach Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten, sowie nach Lage der Sache thunlich erscheint.

Diese Grundsätze des Handelsgesetzbuches gelten nach §. 19 des Einf. Ges. mit Beschränkung in der Zeit der Beweisdauer für die Handelsbücher solcher Kaufleute, welche die in §. 7 des Einf. Ges. angeführten Steuerbeträge zahlen, auch gegenüber Nicht-Kaufleuten, und nach §. 20 des Einf. Ges. mit derselben Zeitdauerbeschränkung auch für

6) Das östr. Einf. Ges. z. H. G. B. (§. 20) sagt ausdrücklich „gegen Jedermann"; in Ungarn auf zehn Jahre gegen Kaufleute und auf zwei Jahre gegen Nichtkaufleute (§. 31), ebenso bosn. H. Ges. §. 33.

6a) Die Vorlage der eigenen Bücher des Probanten behufs Constatirung ordnungsmäßiger Führung ist unzulässig (Erk. in V. Bl. des Justizminist. IX. Nr. 16).

die Bücher von Kaufleuten, welche nicht die im §. 7 des Einf. Ges. erwähnten Steuersätze zahlen.

Das Gesetz stellt in den cit. Art. 34 und 35 nur den Grundsatz der Beweiskraft der Handelsbücher auf, das Maß dieser Beweiskraft festzusetzen, überläßt es dem Richter. Dieser hat daher vorerst zu prüfen, ob die in einem Rechtsstreite producirten Bücher ordnungsmäßig geführt sind. Findet der Richter Unregelmäßigkeiten in der Buchführung, so hat er zu erwägen, ob diese geeignet sind, die Glaubwürdigkeit der Handelsbücher des Producenten zu schwächen oder nicht. Hat der Richter auf solche Art die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung constatirt, so hat er zu erwägen, ob etwa andere außerhalb der Vorschriften des Gesetzes über die Führung der Handelsbücher liegende Umstände die Glaubwürdigkeit, d. i. das Maß der Beweiskraft der Bücher, vermindern oder erhöhen. Erst wenn der Richter constatirt hat, daß auch solche Umstände nicht vorliegen, kommt der Grundsatz des Art. 34 zur vollen Geltung, daß Handelsbücher, deren Führung nach solcher Prüfung als ordnungsmäßig erkannt wurde, einen unvollständigen Beweis liefern. Es ist sodann Aufgabe des Richters zu entscheiden, durch welche Beweismittel im gegebenen Falle die so gelieferte halbe Probe zu einem vollen Beweise ergänzt werden kann. Zu diesem Zwecke hat er die von der Partei angebotenen Beweismittel rücksichtlich ihrer Zulässigkeit und ihrer Fähigkeit zur Ergänzung des Buchbeweises zu prüfen und bei bejahendem Ergebnisse dieser Prüfung zuzulassen.

Ausländische Handelsbücher liefern im Reciprocitätsfalle dann einen sog. unvollständigen Beweis, wenn sie nach der in ihrem Lande vorgeschriebenen und daselbst zum halben Beweise geeigneten Art geführt sind (Hofdecr. v. 6. Juni 1791, Nr. 161 J. G. S. und §. 190 der westgal., §. 180 der ital. und §. 189 der tir. G. O.).

Verschiedene Umstände können die Beweiskraft der Bücher erhöhen: der Ruf des buchführenden Kaufmannes, die Dauer des Geschäftsverkehres mit dem Proceßgegner, oder der Umstand, daß Letzterer bereits mehrfach eines chikanösen Processirens überführt ist, sowie endlich auch der Umstand, daß Letzterer es unterläßt, sich behufs Führung des Gegenbeweises auf seine eigenen Bücher zu berufen.[7]) In solchen Fällen der Erhöhung des Maßes der Beweiskraft der Bücher durch andereUmstände kann sogar das ergänzende Beweismittel als überflüssig oder ein sonst nicht zu beachtendes Beweismittel, wie z. B. die Aussage eines verwerflichen Zeugen, als zur Ergänzung des Beweises genügend erscheinen.

Bei Verminderung der Glaubwürdigkeit, z. B. durch schlechten Ruf des buchführenden Kaufmannes, wie durch dessen Verurtheilung wegen eines gewinnsüchtigen Verbrechens, oder durch Fallissement, ohne daß er seine Unschuld darthun kann, oder durch Unwahrscheinlichkeit der Eintragungen, weil derselbe derartige Geschäfte überhaupt nicht einzugehen pflegt, oder durch Nichtübereinstimmung der einzelnen Bücher derselben Partei unter-

7) Protokolle S. 940.

einander, bedarf es zur Ergänzung des Handelsbuches noch eines stärkeren Beweismittels, als der Ergänzung der halben Probe, ja unter Umständen, wenn die Glaubwürdigkeit der Bücher vernichtet wird, sogar eines vollen Beweises.

Als Ergänzungsbeweismittel können der Erfüllungseid und der unvollständige Zeugenbeweis in Betracht kommen.[8])

Ebenso bleibt es dem Richter überlassen, wenn er Mängel oder Lücken in der Buchhaltung findet, das Gewicht dieser Unregelmäßigkeiten zu beurtheilen und zu entscheiden, ob bzw. inwieweit diese Mängel oder Lücken die Beweiskraft des betreffenden Handelsbuches schmälern oder gar vernichten (Art. 35 H. G. B.).

Bei Entscheidung der oberwähnten Frage, welchem der mit einander nicht übereinstimmenden Handelsbücher zweier Proceßgegner größere Glaubwürdigkeit beizumessen sei oder ob diese Bücher gegenseitig ihre Glaubwürdigkeit vernichten (Art. 34), hat der Richter zunächst die Bücher beider Theile, abgesondert für sich, zu prüfen und deren Glaubwürdigkeit bzw. das Maß ihrer Beweiskraft festzustellen, und dann das bei beiden erkannte Maß der Beweiskraft zu vergleichen. Hienach ergibt sich für den Richter, welchem Buche größere Beweiskraft zuzuerkennen sei oder ob von diesem Beweismittel abzusehen sei, wenn die Bücher beider Theile mit gleicher d. i. mit gleich geringer Beweiskraft einander gegenüberstehen.

Von wem die Eintragungen in die Handelsbücher gemacht wurden, ob vom Principale, vom Procuristen oder einem Handlungsgehilfen, ist für die Beweisfähigkeit und Beweiskraft derselben in der Regel ohne Bedeutung (Art. 36). Der Principal bleibt nämlich für die Buchführung, welche zu überwachen ihm obliegt, verantwortlich. Wenn er aus irgend einem Grunde nicht imstande ist, die Buchführung zu übersehen und mit seiner Verantwortung dafür einzustehen, muß er seinen Buchhalter mit entsprechender Vollmacht versehen, damit diesen die Verantwortung treffe. Buchführung durch einen nicht verantwortlichen Buchführer für einen des Schreibens unkundigen Geschäftsinhaber kann unter Umständen ein Grund der Verminderung der Glaubwürdigkeit der Bücher sein.

V. Die Beweiskraft der Handelsbücher ist nach dem Handelsgesetzbuch zeitlich unbeschränkt. So lange der Kaufmann im Besitze der Bücher ist — also auch nach Ablauf der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist — kann er aus denselben Beweis führen; nur die Zulässigkeit der Klage und sohin des gerichtlichen Beweises ist in vielen Fällen durch kürzere Verjährungsfristen zeitlich beschränkt. §§. 19 und 20 des östr. Einführungsgesetzes z. H. G. B. stellen jedoch für die Beweiskraft der Bücher der Kaufleute gegen Nicht-Kaufleute, sowie der Bücher solcher Kaufleute, welche nicht die im §. 7 dieses Einführungsgesetzes aufgestellten Steuerbeträge zahlen, gegen Jedermann (sohin auch

8) Siehe hierüber v. Stubenrauch, H. R. §. 35 und rücksichtlich des Eides Schwentner in Allg. östr. G. Ztg. Nr. 4 u. 5 v. 1894. (Vgl. auch Nowak, Civilr. Entsch. I. 2. Abth. Nr. 94.)

gegen Kaufleute) eine Frist von einem Jahre und sechs Monaten auf, berechnet von dem Tage der Entstehung der im Buche als unberichtigt offen gebliebenen Forderung (§. 19 Einf. Ges.).[9])

Rücksichtlich der Dauer der Beweiskraft ausländischer Handelsbücher in Oesterreich und umgekehrt gelten die Grundsätze der Reciprocität, vorausgesetzt, daß die Handelsbücher nach Vorschrift der Gesetze desjenigen Landes, dem der Buchführende angehört, geführt sind. Daher kommt den im Sinne des Handelsgesetzbuches ordnungsmäßig geführten Büchern österreichischer Kaufleute gegenüber ausländischen Kaufleuten Beweiskraft von gleicher Dauer zu, wie den Handelsbüchern in dem fremden Staate, dem der ausländische Kaufmann angehört (Pat. v. 12. Dez. 1785, Nr. 502 J. Ges. S.). Ebenso liefert das Handelsbuch eines fremden Kaufmannes gegenüber dem österreichischen Proceßgegner so lange einen halben Beweis, wie lange in dem fremden Lande den in Oesterreich geführten Handelsbüchern Beweiskraft zugestanden wird, was der ausländische Handelsmann zu beweisen hätte (Hofdecr. v. 4. Mai 1787, Nr. 676 der J. Ges. S., §. 190 der gal., §. 180 der ital., §. 189 der tir. G. O.).

§. 33.

d) Recht und Pflicht des Kaufmannes zur Vorlage bezw. Mittheilung der Handelsbücher.[1])

Wer sich im Rechtsstreite auf seine Handelsbücher als Beweismittel beruft, muß sich anbieten, dieselben entweder im Original dem Richter zur Einsichtnahme vorzulegen (Hfd. 20. März 1794, Nr. 164 J. G. S.) oder er muß einen Auszug aus denselben entweder im Original oder in vidimirter oder bloßer Abschrift vorlegen (§. 120 A. G. O.; Hfd. v. 6. Oct. 1783 lit. e. Nr. 197 J. G. S.). Dieser Auszug aber muß die ganze Stelle, welche den Gegenstand des Streites betrifft, enthalten, da die Urkunden nicht auszugsweise, sondern ganz mitzutheilen sind (§. 122 Allg. Ger. Ordg.).[2])

Während sonst — abgesehen von dem Falle gemeinschaftlicher Urkunden und abgesehen von dem Verhältnisse des Miteigenthums, der Societät, des Mandats u. a. — Niemand verpflichtet ist, seine eigenen Aufzeichnungen dem Gegner vorzulegen, so kann nach Handelsrecht (Art. 37 H. G. B.) jeder Streittheil die Vorlage der Bücher des Proceßgegners verlangen. Ueber einen solchen Antrag der Partei entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. Der richterliche Auftrag zur Vorlage der Handels-

9) Die Erlöschung der Beweiskraft der Handelsbücher ist von Amtswegen zu berücksichtigen (Nowak, Civilr. Entsch. I. Abth. I. Nr. 5).

1) Goldschmidt, System des H. R. (4. Aufl.) §. 32; derselbe in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 341 ff.; M. Apt, Ueber die Pflicht der Urkundenedition. (Diss.) Breslau (Berlin) 1892. Schwentner in Allg. öftr. Ger. Ztg. Nr. 2 v. 1893. — Rechtsquellen s. §. 30, Note 1 und die im Texte bezogenen.

2) Vgl. §. 133 deutsche Civ. Pr. O., betr. die Vorlegung von Urkunden ꝛc., wonach das Gericht anordnen kann, „daß die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben" müssen.

bücher ist aber nicht dadurch bedingt, daß jener Streittheil, dem sie aufgetragen wird, sich zum Beweise seines Anspruches oder seiner Einwendungen auf dieselben berufen hat, „sondern dieser Auftrag kann auf Antrag der Gegenpartei auch dann erlassen werden, wenn diese ihrerseits den gegen sie gestellten Anspruch oder die ihr entgegengesetzte Einwendung durch die Behauptung eines bestimmten Inhaltes der Bücher des Gegners zu entkräften vermeint.“[3]) Die gerichtlich angeordnete Vorlage der Handelsbücher berechtigt aber den Gegner unter gerichtlicher Intervention nur insoweit in dieselben Einsicht zu nehmen, als sie den Streitpunkt betreffen (Art. 38), falls nicht kraft eines Miteigenthums- oder Gesellschaftsverhältnisses oder eines Mandates u. s. w. weitergehende Rechte bezw. Pflichten bestehen.

Nur in Erbschafts-, Gütergemeinschafts- und Gesellschaftstheilungssachen kann der Richter die Mittheilung der Handelsbücher zur vollständigen Kenntnißnahme ihres ganzen Inhaltes anordnen (Art. 40 H. G. B.), sog. qualificirte Edition.[4]) Dasselbe gilt im Concursverfahren rücksichtlich der Bücher des Gemeinschuldners (Art. 40 H. G. B.).[5])

Verweigert der Editionspflichtige die Vorlage der Handelsbücher, so wird zu seinem Nachtheil der von seinem Gegner behauptete Buchinhalt als erwiesen angesehen. Diese Folge tritt jedoch nicht ein, wenn die Vorlage nicht erfolgt, weil der hiezu Belangte zur Führung des betreffenden Buches nicht verpflichtet war, oder darthun kann, daß ihm dasselbe ohne sein Verschulden abhanden gekommen ist, oder wenn die oben erwähnte zehnjährige Aufbewahrungsfrist bereits verstrichen ist und er das Buch nicht mehr besitzt.

Während in der Regel Urkunden, welche im Processe als Beweismittel dienen sollen, dem Proceßrichter selbst vorgelegt werden müssen, hatte schon das Hofdecret v. 20. März 1794, Nr. 164 J. G. S., bestimmt, daß ein Handelsmann seine Bücher nur „seinem gehörigen Richter“ zur Prüfung vorzuweisen habe. Ein Certificat dieses Richters über die ordnungsmäßige Buchführung genügte für den Proceßrichter. In ähnlicher Weise trägt Art. 39 H. G. B. für den Fall als sich die vorzuweisenden Handelsbücher an einem Orte außerhalb des Bezirkes des Proceßrichters befinden, diesem auf, jenes Gericht, in dessen Sprengel sich die Handelsbücher befinden, zu ersuchen, sich die Bücher vorlegen zu lassen, dieselben in der vorgeschriebenen Weise zu prüfen und (unter Zuziehung der Parteien) einzusehen und einen beglaubigten Auszug unter Anschluß des über die Verhandlungen aufgenommenen Protokolles dem Proceßrichter zu übersenden.[6]) Doch steht nichts im Wege, daß der Editionspflichtige bezw. der Producent seine Bücher an den Proceßrichter einsende.

---

3) Beschluß des obst. Ger. Hofes v. 16. Juli 1872, Z. 7236; Spruchsrep. Nr. 3.

4) Goldschmidt, System §. 32.

5) Deutsche Reichs-Conc.-Odg. §§. 112 bis 114.

6) Auch in dringenden Fällen kann der Proceßrichter die Vorlage der außerhalb des Bezirkes des Richters befindlichen Handelsbücher nicht verlangen, und wo etwa ein Zeuge ohne Einsichtnahme in die Bücher nicht angehört werden könnte, ist das Beweismittel als verloren anzusehen (Prot. S. 948).

Das Recht, die Vorlage der Handelsbücher zu verlangen, steht Jedermann zu, jeder mit einem Kaufmanne in Rechtsstreit befindlichen Partei, sei sie Kaufmann oder nicht.[7])

Rücksichtlich der Editionspflicht und des Rechtes auf Recognoscirung der ausländischen Handelsbücher bestimmt das Hofdecret vom 20. März 1794, Nr. 164 J. G. S., daß der ausländische Buchführer nicht gezwungen werden könne, seine Bücher dem österreichischen Richter vorzulegen, sondern daß es genüge, wenn er eine Bestätigung seines competenten Richters des Inhaltes beibringt, daß seine Handelsbücher ordentlich geführt sind. Dem österreichischen Proceßgegner steht es frei, selbst oder durch einen Bevollmächtigten Einsicht in die Handelsbücher des ausländischen Handelsmannes bei dessen oben erwähntem competenten Richter zu verlangen und über die dabei vorgekommenen Wahrnehmungen und Bemerkungen ein gerichtliches Protokoll aufnehmen zu lassen.[8])

§. 34.

F. Pflicht zur Aufstellung von Inventar und Bilanz.[1])

I. Als eine Vervollständigung der Buchführung, deren letztes Ziel auch die Darstellung der gesammten Vermögenslage des Kaufmannes ist, erscheinen Inventur und die Bilanz. Erstere ist die Aufnahme oder Aufstellung des gesammten Vermögensstandes des Kaufmannes in Uebereinstimmung mit den Büchern sowohl als auch mit den thatsächlichen Verhältnissen. In dem Inventare, d. i. in dem so aufgestellten Vermögensnachweise, erscheint das Gesammtvermögen des Kaufmannes seinen einzelnen Bestandtheilen nach verzeichnet, in Activa und Passiva getrennt (Art. 29). Die Gegenüberstellung der Activa und Passiva, des Besitzthums und der ihr gegenseitiges Verhältniß darstellende Abschluß heißt die Bilanz[2]) (Art. 29).[3]) Inventar wie Bilanz sind Vermögensaufzeichnungen; Form und Inhalt beider ist jedoch verschieden. Im Inventar werden die einzelnen Activa (— das Gesetz führt in Art. 29 an: Grundstücke, Forderungen, bares Geld und andere Vermögensstücke —) nach dem Grade ihrer Liquidationsfähigkeit geordnet in senkrechter Anordnung unter einander angeführt, wobei jedem Posten eine klare und kurze Erläuterung beizugeben ist. Es ist selbstverständlich, daß die inventirte Masse nach Menge, Gewicht, Stückzahl, Gattung, Preis anzuführen ist. Die Wechsel sind nach ihren Nummern und ihrer Verfallzeit einzutragen. Die Bilanz dagegen enthält nur die Hauptsummen ohne Erläuterungen

---

7) Vgl. Brix, Comm. Nr. 2 zu Art. 37.

8) Vgl. Erk. bei Nowak V. Abth. III. Nr. 141.

1) Vgl. Beigel a. a. O. S. 81 u. ff. — H. G. B. Art. 29, 30, 31; ung. H. G. §§. 26, 27, 28; bosn. §§. 28, 29, 30. — Ueber Bilanzaufstellung bei Actiengesellschaften s. v. Strombeck in Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 459 ff. und Simon, Die Bilanzen d. Actiengesellschaften (1886).

2) Die Bilanz im Sinne des Gesetzes als Vermögensaufstellung (status, le bilan) ist nicht zu verwechseln mit Bilanz als Abschlußconto (le balance de sortie) (Beigel a. a. O. S. 83).

3) Die Bestimmungen des ung. u. bosn. H. G. B. stimmen, wie oben §. 30, Note 4, bemerkt wurde, fast wörtlich mit dem östr. Gesetze überein.

und ohne weitere Gliederung in Unterabtheilungen. Bei der Bilanz gleichen sich infolge contomäßiger Vermögensdarstellung Activa und Passiva aus.

Sowohl im Inventar als in der Bilanz sind alle Vermögensstücke und Forderungen nach dem Werthe anzusetzen, welcher ihnen zur Zeit der Aufnahme in diese Aufzeichnungen beizulegen ist; zweifelhafte Forderungen jedoch sind nach ihrem wahrscheinlichen Werthe anzusetzen, uneinbringliche aber abzuschreiben (Art. 31 H. G. B.). Inventar und Bilanz müssen in einer lebenden Sprache verfaßt und in deren Schriftzeichen geschrieben sein (Art. 32).[4]) Daß Inventar und Bilanz in ein Buch einzutragen sind, ist nicht vorgeschrieben; sie können jedesmal besonders aufgestellt werden und sind dann zu sammeln und in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren (Art. 30). Wenn sie in ein Buch eingetragen werden, so gelten für dieses die oben (§§. 31 u. ff.) dargestellten Vorschriften für Handelsbücher.

Inventar und Bilanz sind vom Kaufmanne zu unterzeichnen. Bei offenen Handelsgesellschaften oder Commandit- und Commanditactiengesellschaften haben alle persönlich haftenden Gesellschafter (Art. 30), bei Actiengesellschaften und Genossenschaften der Vorstand diese Aufzeichnungen zu unterzeichnen.[5])

II. Inventar und Bilanz sind bei Beginn des Gewerbes und jährlich anzufertigen. Bei größerem Waarenlager, „dessen Inventur nach der Beschaffenheit des Geschäftes nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann", genügt es, wenn das Inventar des Waarenlagers alle zwei Jahre aufgenommen wird (Art. 29); die Bilanz aber muß auch in diesem Falle jährlich aufgestellt werden, wobei ihr in solchen Jahren, in welchen keine Inventur stattfindet, das Inventar des Vorjahres zu Grunde gelegt wird.

III. Inventar und Bilanz sind gleich den Handelsbüchern durch zehn Jahre aufzubewahren (Art. 33, Abs. 2). Sind die Inventare und Bilanzen in Büchern gebunden, so zählt hier wie bei den Handelsbüchern die zehnjährige Frist vom Tage der in dieselben geschehenen letzten Eintragung (Art. 33 Abs. 1). Diese Aufbewahrungspflicht gilt auch für den Fall der Auflösung des Geschäftes, was für den Fall der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft im Gesetze ausdrücklich bestimmt ist (Art. 145).[6])

4) Es gilt hier das oben §. 31 Note 1, Gesagte.

5) Dadurch beabsichtigten die Codificatoren künftigen Streitigkeiten unter den persönlich haftenden Gesellschaftern vorzubeugen, indem auch diese zugleich gezwungen wären, sich alljährlich vom Stande der Dinge zu überzeugen. (Preuß. Motivenbericht S. 21.) Die Unterschrift auch eines entfernt wohnenden Gesellschafters kann leicht eingeholt werden, da Inventar und Bilanz auch auf besonderen Blättern aufgenommen und gesammelt werden können, welche leicht zu versenden sind (Prot. S. 46).

6) Eben dies gilt für Actiengesellschaften, wenn auch Art. 246 (analog §. 207 ung. u. §. 222 bosn. H. G.) nur Handelsbücher erwähnt (v. Hahn, Comm. I. §. 1 zu Art. 246).

§. 35.

C. Pflicht zur Aufbewahrung der Handelscorrespondenz.[1])

I. Der Geschäftsbetrieb des Kaufmannes wickelt sich nicht bloß in mündlichem Verkehr mit seinen Contrahenten, sondern zu großem Theile im Wege der Correspondenz, auf schriftlichem, brieflichem Wege ab. „Durch Briefe empfängt und ertheilt der Kaufmann Bestellungen und Aufträge, durch Briefe benachrichtigt er seine Geschäftsfreunde von dem Einlangen oder Abgehen der Waaren, von der Trassirung oder von der Nichtzahlung eines Wechsels u. s. w.“ [2]) Dies bietet aber zugleich den Vortheil, daß der Kaufmann in diesen Briefen Beweismittel für seine Ansprüche und zu seiner Deckung wegen Erfüllung seiner Aufträge hat. Es war daher von jeher Sitte und Gebrauch des Handelsstandes, empfangene Handelsbriefe aufzubewahren und abgesandte Briefe in Abschrift zurückzubehalten. Deshalb verpflichtet auch das H. G. B. in Art. 28[3]) den Kaufmann, die empfangenen Handelsbriefe aufzubewahren und eine Abschrift (Copie oder Abdruck) der abgesandten Handelsbriefe zurückzubehalten und nach der Zeitfolge in ein Copierbuch einzutragen. Die Copie braucht nicht gerade wörtlich zu sein[4]), sondern sie hat nur den wesentlichen Inhalt der Briefe mit Auslassung der unwesentlichen Förmlichkeiten wiederzugeben, darf aber nicht ein bloßer Auszug oder gar nur eine Vormerkung der Antwortschreiben auf den eingegangenen Briefen sein.

II. Für das Copierbuch als Handelsbuch gelten die oben in §§. 31 bis 33 dargelegten Grundsätze.[5])

III. Das Copierbuch der abgesandten Briefe, sowie die empfangenen Handelsbriefe sind nach Art. 33 H. G. B. ebenfalls einer zehnjährigen Aufbewahrungspflicht unterworfen.

IV. Das Gesetz stellt zwar keine Strafe auf für die Nichterfüllung der unter I—III dargestellten Vorschriften, allein der sie vernachlässigende Kaufmann begibt sich erstlich eines Beweismittels im Processe und kann ferner im Concurse nach §. 486 Strafgesetzbuch einer Arreststrafe von 3 Monaten bis zu einem Jahre verfallen.[6])

§. 36.

III. Die Stellvertreter des Kaufmannes.

1. Im Allgemeinen.

Der Kaufmann ist nicht immer in der Lage, den verschiedenen Functionen, welche der Verkehr und der Geschäftsbetrieb an ihn stellen, allein in eigener Person nachzukommen. Er bedarf in der Ausübung seines Berufes der Unterstützung Anderer, welche zu ihm, als ihrem Principal, je nach Art der Unterstützung, die sie ihm leisten, in

---

1) H. G. B. Art. 33; ung. H. G. §. 30; bosn. §. 32.

2) v. Stubenrauch, H. R. §. 28.

3) Ebenso ung. H. R. §. 25, bosn. §. 27.

4) Protokolle S. 45.

5) Vgl. Anschütz in Ztschr. f. H. R. I. S. 209 ff. Das Copirbuch genießt im Sinne des Ges. v. 9. Febr. 1850, Nr. 50 R. G. Bl. und Ges. v. 13. Dec. 1862 Nr. 89 R. G. Bl., Tar. Post 59 lit. b die Stempelfreiheit, während die übrigen Handelsbücher stempelpflichtig sind.

6) Deutsches Reichs-Strafges. §§. 281, 283, jetzt Reichs-Conc.-O. §§. 209, 210.

verschiedenem Verhältnisse stehen, wie dies bereits oben (§. 16) angedeutet wurde. Insbesondere aber scheidet sich hier die Classe der stellvertretenden oder bevollmächtigten Personen im Geschäfte von Jenen, welche bloß mechanische oder handels-technische Dienste verrichten (Handlungsgehilfen, wie z. B. Buchhalter, Techniker, Mechaniker, Lehrlinge), denen jedoch gegebenen Falls auch eine Stellvertretungsbefugniß bezw. Vollmacht übertragen sein kann.[1]) Diese stellvertretenden und bevollmächtigten Personen werden je nach dem Inhalte und Umfange ihrer Vollmacht als Procuristen, als Handlungsbevollmächtigte und als Bevollmächtigte zu einzelnen Geschäften unterschieden. Während die Vollmacht des Procuristen einen gesetzlich genau festgestellten nach außen hin unbeschränkbaren Inhalt hat, ist rücksichtlich des Umfanges der Vollmacht des Handelsbevollmächtigten nach dem Handelsgesetzbuche dem Vollmachtgeber größerer Spielraum gelassen, sowie die Vollmacht für einzelne Geschäfte in jedem einzelnen Falle ihrem Umfange nach festgestellt wird.[2])

Der Charakter der handelsrechtlichen Stellvertretung ist im Allgemeinen der civilrechtliche. Einzelne Zweifel und Streitfragen des gemeinen Civilrechtes bringt das Handelsgesetzbuch (Art. 52) durch nachstehende zwei bereits im öftr. bürgerlichen Rechte (§. 1017 a. b. G. B.) anerkannte Grundsätze zu formalem Abschlusse: 1. „Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Procurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäß der Procura oder der Vollmacht im Namen des Principals schließt, wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet", und 2. „zwischen dem Procuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten."[3]) Hiedurch ist die Wirkung der Vollmacht genau bezeichnet; der Bevollmächtigte schließt das Geschäft ab, und zwar im Namen des Principals und mit Wirkung für diesen. Abgesehen von der Vollmacht für ein bestimmtes Geschäft braucht der Principal von dem Geschäfte, das sein Stellvertreter abschließt, nichts zu wissen. Der specielle Geschäftsabschluß ist sohin auch nur vom Bevollmächtigten gewollt, der Vertragswille ist sein Wille, das Geschäft sein Geschäft; der Principal erklärt durch die allgemeine Bevollmächtigung nur, daß er die Folgen der vom Procuristen oder dem Handlungsbevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte Dritten gegenüber für sich haben oder tragen will, nicht daß er das einzelne Geschäft als solches wolle.

Zu scheiden vom Bevollmächtigten ist der Bote, der nur seine persönlichen Dienste dem fremden Geschäftsabschlusse leiht, aber das Geschäft weder abschließt noch vermittelt.

---

1) Ueber die Trennung dieser beiden Begriffe auch im H. G. B. siehe v. Hahn, Comm. I. Vorbemerkung zum 5. Titel §. 8.

2) Von der Vollmacht zu einzelnen Geschäften wird im III. Buche die Rede sein.

3) Ebenso §. 49 ung. u. §. 52 bosn. H. G. B. — Wendt in Endemann's Handb. I. §. 69 u. v. Stubenrauch, Comm. z. a. b. G. B. (4. Aufl., besorgt von Schuster u. Schreiber) zu §. 1017. Weitere Lit. s. unten §. 37 Note 1; §. 38 Note 1, 18, 21; vgl. auch v. Cannstein in Busch's Arch. XXI. S. 226, mit reicher Literaturangabe, und Schliemann in Ztschr. f. H. R. XVI. S. 1 ff.

§. 37.

2. Der Procurist.[1])

I. Eine dem Handelsstande eigenthümliche Art der Stellvertretung war schon lange Zeit vor dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche die Procura. Sie galt schon damals in der Regel als eine allgemeine den gesammten Handelsbetrieb des Principals umfassende Vollmacht, aber über ihren Umfang bestanden vor dem Handelsgesetzbuche in den einzelnen deutschen Ländern die verschiedensten Bestimmungen, ja nicht einmal der Name Procurist war allgemein.[2]) Diese Verschiedenheit und Unsicherheit suchte das Handelsgesetzbuch durch die Festsetzung des Begriffes der Procura als einer Formalvollmacht zu beseitigen. Die Procura ist nach Art. 42 u. 43 H. G. B.[3]) eine nach außen hin, d. i. Dritten gegenüber, gesetzlich fest umschriebene in keiner Weise, weder rücksichtlich der Geschäfte, für die sie zu gelten hat, noch rücksichtlich der Umstände, der Zeit und des Ortes ihrer Ausübung beschränkbare Vollmacht zu allen Arten gerichtlicher und außergerichtlicher Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt[4]); insbesondere auch zur

---

1) Literatur: Außer den Comm. von v. Hahn, Anschütz-Völderndorff, Puchelt, Fuchsberger-Gareis, Staub, Brix auch noch Wendt in Endemann's Handb. I. §. 70; Laband in Ztschr. f. H. R. X. S. 183 ff.; Gareis, H. R. §. 19; Behrend in v. Holtzendorff's Rechtslexicon im Aufsatz „Procura" u. H. R. §. 52; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. III. Beilagenheft S. 30 ff.; Busch in seinem Archiv f. H. u. W. R. I. S. 41 ff. — H. G. B. Art. 41—56, ung. H. G. §§. 37—54; bosn. §§. 40—57.

2) So waren „Factor, Handlungsbevollmächtigter, Handlungsvorstand, Verwalter, Repräsentant, Institor, Procurant rc." verschiedene Bezeichnungen für Stellvertreter oder Bevollmächtigte ohne gegenseitige Abgrenzung des Umfanges ihrer Vollmachten. Doch wurde „jede im Betriebe eines Handelsgewerbes ertheilte generelle Vollmacht Procura genannt," während Ausdrücke, wie Handlungsvorstand, Verwalter, Repräsentant mehr auf „die mit der Leitung des Unternehmens betrauten Personen hinwiesen" (Behrend, H. R. I. §. 52, Note 6).

3) Ebenso ung. H. G. B. §§. 38, 39; bosn. §§. 41, 42.

4) Hierunter sind nicht nur Handlungen (nicht bloß Rechtshandlungen) des Procuristen verstanden, welche der Betrieb des betreffenden Handelsgeschäftes mit sich bringt, wie dies z. B. bei der Handlungsvollmacht angenommen wird (Art. 57 H. G. B.; ebenso §. 43 des ung., §. 46 des bosn. H. Ges.), sondern auch solche, welche der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes überhaupt (im Gegensatze zum Handwerksbetriebe) mit sich bringt, aber auch nur insoweit als dieser Betrieb sie mit sich bringt. Daher ist der Procurist ohne eine darauf gerichtete Specialvollmacht des Principals nicht berechtigt, dessen Handlungsgeschäft zu verkaufen (R. O. H. G. XXIII. S. 28), oder die Firma zu löschen; beides wäre Einstellung des Gewerbebetriebes, was dem Charakter der Procura als einer Vollmacht zum Betriebe des Handelsgewerbes widersprechen würde. Nicht immer involvirt der Verkauf des gesammten Fabriks- oder Geschäftsinventars auch zugleich die Einstellung des Geschäftsbetriebes, denn es kann die Veräußerung des alten Inventars auch geschehen, um es durch ein anzuschaffendes neues Inventar zu ersetzen (A. A. Staub, Comm. §. 1a zu Art. 42; dagegen Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen II. Nr. 675). Eben deshalb ist der Procurist auch nicht berechtigt zu rein persönlichen Verfügungen, wie z. B. letztwilligen Verfügungen über das Geschäft; zu Verzichten und Schenkungen

Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen und Bevollmächtigten.[5]) Sie ersetzen daher jede particularrechtlich erforderliche Specialvollmacht, also auch die in §. 1008 öftr. a. b. G. B. vorgeschriebenen Genus- und Speciesvollmachten.

Nur zur Veräußerung und Belastung (Verpfändung) von Immobilien, nicht aber zu anderen Verträgen über Immobilien (Kauf, Pacht, Miethe, Verpachtung, Vermiethung u. a. m.)[6]) bedarf der Procurist einer besonderen Ermächtigung seitens des Principals (Art. 42 Abs. 2).[7])

Eine andere Beschränkung der Befugnisse des Procuristen anerkennt das Gesetz Dritten gegenüber nicht als wirksam. Die Bestimmung des Art. 53[8]), daß der Procurist seine Procura nicht weiter übertragen darf, enthält keine Beschränkung der Procura, sondern ergibt sich bereits aus dem Begriffe des Procuristen, der als „Alter ego“ des Principals nur von diesem (Vollkaufmann oder Handelsgesellschaft[9]) ernannt werden kann[10] (Art. 41).[11])

Auch in der Bestellung einer sog. Collectivprocura liegt keine Beschränkung des Umfanges der Procura. Denn es wird hier eine einzige Procura[12]) in ihrer Gänze ungetheilt an Mehrere zugleich übertragen, nicht aber liegen sich gegenseitig beschränkende Procuren vor; denn der Einzelne hat in diesem Falle keine Procura, sondern er hat sie nur

---

aber ist er auch nur innerhalb obiger Grenzen berechtigt. Außerhalb der Grenzen eines Gewerbebetriebes überhaupt liegt auch die Zulassung eines Dritten zur Betheiligung an dem Geschäfte als Gesellschafter (Entsch. des obst. G. H. v. 10. Febr. 1891 Z. 14.957 v. 1890, in Geller's Centralbl. f. j. Pr. IX. Nr. 120), wodurch aber der Procurist zugleich auch aufhören würde, das Geschäft für Rechnung des Principals allein zu betreiben, wie es der gesetzliche Begriff der Procura verlangt. Der Procurist ist zufolge seiner Verpflichtung, das Handelsgeschäft im Namen des Principals zu betreiben und die Firma des Principals mit einem die Procura andeutenden Zusatze zu zeichnen, zu einer Aenderung der Firma nicht befugt. Wohl aber ist der Procurist zur Einziehung von Wechselverbindlichkeiten Namens des Principals (Obstg. Entsch. Adler-Clemens II. Nr. 228), sowie zu civil- und strafprocessualen Handlungen ermächtigt (R. O. H. G. XXI. S. 342, R. G. in Straff. XV. S. 144 u. ff.).

5) Dieser Zusatz ist insofern überflüssig, als die hier ausgesprochene Befugniß bereits in der allgemeinen Vollmacht des Procuristen enthalten ist (v. Hahn, Comm. I. §. 3 zu Art. 42). Sie wurde aber dennoch einerseits als „zu erheblich, andererseits als nicht so unzertrennlich mit dem Betriebe eines Geschäftes verbunden“ (Prot. S. 76 ff.) in das Gesetz aufgenommen.

6) Anderer Ansicht Anschütz-Völdernborff, Comm. I. Nr. 4 zu Art. 42, wonach unter Veräußerung auch Verpachtung und Vermiethung verstanden sei. — Der Beschluß erster Lesung der Nürnberger Conferenz, dem Procuristen die Verfügung über die Immobilien des Principals zu entziehen (Prot. S. 71), kam im Gesetze nicht zum Ausdrucke: nach dem Entwurfe erster Lesung sollte die Vollmacht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken eine ausdrückliche sein. In zweiter Lesung erhielt die fragliche Gesetzesstelle die Fassung des gegenwärtigen Art. 42 (Protokolle S. 952).

7) Ebenso ung. H. G. §. 38 Abs. 2, und bosn. §. 41 Abs. 2.

8) Ebenso ung. H. G. §. 50; bosn. §. 53.

9) Siehe oben §. 16.

10) Behrend, H. R. I. §. 52 faßt es als Beschränkung der Procura auf.

11) Ung. H. G. §. 37; bosn. §. 40.

12) v. Hahn, Comm. I. §. 5 zu Art. 41.

mit den übrigen zusammen.[13]) Wohl aber wäre es als eine Beschränkung der Procura anzusehen, wenn der Procurist nur in Gemeinschaft mit dem Principale oder mit einem Vorstande einer Actiengesellschaft zeichnen darf, in welchem Falle weder eine Collectivprocura, noch überhaupt eine Procura vorliegt. Dies würde dem Wesen der Procura und den Vorschriften über den Vorstand der Actiengesellschaft widersprechen.[14])

II. Wenngleich nach dem Gesagten die Procura nach außen hin unbeschränkt und unbeschränkbar ist, so können dennoch zwischen dem Principale und dem Procuristen Beschränkungen vereinbart werden. Diese sind aber Dritten gegenüber wirkungslos, selbst dann, wenn der Dritte sie kannte, außer wenn der Procurist von der ihm durch das Gesetz gegebenen Vertretungsbefugniß in der Absicht auf Erlangung eines rechtswidrigen Vortheiles für sich oder für einen Anderen zum Nachtheile des Principals Gebrauch machte und der Dritte an diesem Dolus des Procuristen Theil nahm (sog. Collusionsfall).[15]) Im Allgemeinen gelten für dieses innerrechtliche Verhältniß die Regeln des Mandats. Für die Ueberschreitung des Auftrages wird der Procurist dem Principal unbeschadet der Rechtsverbindlichkeit des Geschäftes verantwortlich. Ein ausdrücklich auch zur Veräußerung und Belastung von Immobilien ermächtigter Procurist unterscheidet sich nur durch Benennung und Zeichnung von einem unbeschränkt Bevollmächtigten. Eine Beschränkung, die das Gesetz (Art. 56)[16]) dem Procuristen rücksichtlich seiner Handlungsfreiheit auferlegt, ist, daß derselbe ohne Einwilligung des Principals weder für eigene noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte abschließen darf, widrigenfalls

13) Ebenso v. Hahn, Comm. I. §. 5 zu Art. 41; Anschütz-Völderndorff, Comm. I. Nr. 5 zu Art. 41; Staub, Comm. §. 6 zu Art. 41; Thöl, H. R. I. §. 56; ebenso aber mit anderer, nicht zutreffender Begründung Busch im Arch. I. S. 48 ff.; v. Stubenrauch, Oestr. H. R. §. 40; a. A. Wendt in Endemann's Handb. I. §. 70 (S. 285); Gareis, Das deutsche H. R. §. 19; Puchelt, Comm. I. Nr. 11 zu Art. 41.

14) Anders R. O. H. G. VIII. S. 337 ff.; im Anschlusse hieran bezeichnet Puchelt in Comm. 3. Aufl. I. Nr. 2a zu Art. 43, abweichend von seiner bisherigen Ansicht, die gemeinsame Zeichnung eines Procuristen mit einem Vorstandsmitgliede der Actiengesellschaft als eine neue im Gesetze nicht verbotene, daher zulässige Rechtsbildung. — Im vorliegenden Falle ward zwei Beamten einer Actiengesellschaft eine Collectivprocura mit gemeinsamer Zeichnung übertragen; jedoch ward das weitere Petit gestellt, daß Jeder derselben für sich allein zur Mitzeichnung der Firma per procura nur im Verein mit einem Vorstandsmitgliede befugt sein soll. Das Vorstandsmitglied wird hier nicht zum Mit-Procuristen ernannt, weshalb es an der Collectivprocura nicht Antheil haben kann; sein Mitzeichnungsrecht erscheint sohin als Einschränkung der Befugnisse des Procuristen, der hiedurch von der Zustimmung eines Nicht-Procuristen abhängig wird, was unstatthaft ist. Anders wäre es, wenn einem Vorstandsmitgliede mit einem Dritten zusammen die Collectivprocura verliehen würde, was das R. O. H. G. im vorliegenden Falle zu supponiren scheint. Einer solchen Collectivprocura stünde wohl nichts im Wege. (Vgl. Keyßner in Ztschr. f. H. R. XIV. S. 442 ff. insbes. 448—452.)

15) Willenbücher, Das allg. d. H. G. B. mit Ausschluß des Seerechts, für die Praxis erläutert, Nr. 2 zu Art. 43; vgl. die dort cit. Erkenntnisse R. O. H. G. V. S. 295, VI. S. 131, VII. S. 403, IX. S. 429; R. G. IX. S. 148 f.

16) Ung. H. G. §. 53; bosn. §. 56.

er dem Principale zum Schadenersatze verpflichtet wäre oder es sich gefallen lassen muß (Art. 56), daß dieser das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen ansehe. Dieses Recht des Principals erlischt nach östr. Einf. Ges. (§. 24) nach drei Monaten von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem der Principal Kenntniß von dem Geschäftsabschlusse erhielt. War dem Principale bei Ertheilung der Procura bekannt, daß der Procurist solche Handelsgeschäfte betreibt, so muß er bei Ertheilung der Procura die Aufhebung dieses Betriebes ausdrücklich bedingen, widrigenfalls er als zustimmend angesehen wird.

Daß der Procurist zugleich in einem Dienstverhältnisse zum Principal stehe, ist nicht nothwendig.

III. Zur Bestellung eines Procuristen ist nach Art. 45[17]) ein Vollkaufmann (Art. 10)[18]) oder eine Handelsgesellschaft, u. z. bei Einzelnfirmen der Principal, bezw. bei Handelsgesellschaften ein vertretungsbefugter Gesellschafter, der außer dem Falle der Gefahr im Verzuge, damit die von ihm ertheilte Procura nicht nur nach außen, sondern auch im innerrechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft wirksam sei, der Zustimmung aller vertretungsbefugten Gesellschafter, oder wenn keine solchen ernannt sind, aller Gesellschafter bedarf (Art. 104, 118)[19]); bei Commandit- und Commandit-Actiengesellschaften ist in derselben Weise ein persönlich haftender Gesellschafter (arg. Art. 158, 167, 196)[20]) und bei Actiengesellschaften der Vorstand (arg. Art. 227, 230)[21] berechtigt, nicht aber kann ein Procurist für eine Firma in Liquidation bestellt werden.[22]) Die Ertheilung der Procura ist bei sonstiger Ordnungsstrafe von dem Ertheiler derselben persönlich oder in beglaubigter Form beim Handelsgerichte zur Registrirung anzumelden, der Procurist aber hat die Firma nebst seiner Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

IV. Als Procurist kann bestellt werden, wer fähig ist einen giltigen Vertrag abzuschließen (s. oben §. 19 u. ff.), und der nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, wie Handelsmäkler (Art. 69 Abs. 2 Z. 2 Ges. v. 4. April 1875 Nr. 68 R. G. B.).

---

17) Ebenso ung. H. G. §. 41; bosn. §. 44.

18) S. oben §. 18.

19) Ung. H. G. §§. 82 und 94; bosn. §§. 86 und 98; hier ist wohl zu unterscheiden zwischen dem innerrechtlichen Verhältnisse und der Wirkung Dritten gegenüber. In letzterer Beziehung genügt, wenn einer der vertretungsbefugten Gesellschafter die Procura ertheilte. Der Dritte braucht nicht zu untersuchen, ob dieser die Zustimmung der übrigen vertretungsbefugten bezw. aller übrigen Mitglieder der Gesellschaft hatte. Es bedarf daher auch zur Registrirung der Procura nicht des Nachweises der Zustimmung der übrigen vertretungsbefugten bezw. aller Gesellschafter seitens des Anmeldenden (Entsch. bei Adler-Clemens VIII. Nr. 1509; Anders VII. Nr. 1304).

20) Vgl. ung. H. G. §§. 133, 141; bosn. §§. 137, 142; der so ernannte Procurist kann die Gesellschaft auch gegenüber den Commanditisten vertreten (R. O. H. G. IX. S. 68).

21) Vgl. ung. H. G. §§. 182, 188; bosn. §§. 194 und 200. — Vgl. auch R. O. H. G. VIII. S. 337.

22) R. O. H. G. VIII. S. 224, wo auch ausgeführt wird, daß ein so bestellter „Procurist“ ein Handlungsbevollmächtigter mit den Befugnissen eines Liquidators wäre.

V. Die Zeichnung der Firma durch den Procuristen hat in der Weise zu geschehen, daß der Procurist der Firma einen die Procura andeutenden Zusatz, wie per procura, als Procurist, p. p. u. ähnl., beifügt. Bei einer Collectivprocura hat stets jeder der miteinander Zeichnungsbefugten der mit diesem Zusatze versehenen Firmazeichnung seinen Namen beizufügen (Art. 44).[23])

VI. Die Procura erlischt durch Widerruf (Art. 54)[24]) u. z. bei Einzelfirmen seitens des Principals, bei offenen Handelsgesellschaften durch einen vertretungsbefugten, bei Commanditgesellschaften durch einen persönlich haftenden Gesellschafter, bei Actiengesellschaften durch den Vorstand[25]), durch Aufkündigung seitens des Procuristen[26]), durch den Tod des Procuristen, nicht aber nothwendig durch den Tod des Principals (Art. 54)[27]), durch Auflösung des Geschäftes und in der Regel zugleich mit dem Erlöschen des gesammten Dienstverhältnisses zwischen Principal und Procurist.

Auch das Erlöschen der Procura ist zu registriren und öffentlich bekanntzugeben. Die Unterlassung der Registrirung hat die Folge, daß der Principal das Erlöschen der Procura einem Contrahenten des Procuristen nur dann wirksam entgegensetzen kann, wenn er beweisen kann, daß diesem Dritten das Erlöschen der Procura zur Zeit des Geschäftsabschlusses bekannt war, während umgekehrt die eingetragene und publicirte Endigung der Procura jedem Dritten wirksam entgegengestellt werden kann, sofern nicht nach den Umständen die Annahme begründet ist, daß der Dritte die in Rede stehende Thatsache zur Zeit des Geschäftsabschlusses weder kannte, noch habe kennen müssen (Art. 46).[28])

§. 38.

3. Der Handlungsbevollmächtigte.[1])

I. Im Gegensatze zur Procura ist die Handlungsvollmacht nicht absolut, sondern nur dispositiv begrenzt.[2]) Je nach dem Umfange dieser Vollmacht ist zu unterscheiden zwischen der Generalvollmacht zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb des Handelsgewerbes des sie ertheilenden Geschäftsinhabers mit sich bringt[3]), und der Specialvollmacht zu einer bestimmten Art von Geschäften oder

---

23) Ung. H. G. §. 40; bosn. §. 43. Die Zeichnung mit dem Zusatze „für" genügt nicht (Adler-Clemens II. Nr. 242).

24) Ung. H. G. §. 51; bosn. §. 54.

25) Die diesbezüglichen Vorschriften sind in denselben Gesetzesartikeln enthalten, wie jene für die Ertheilung der Procura; ebenso im ung. u. bosn. H. G. B.

26) Endemann, H. R. §. 32.

27) Ung. H. G. §. 51; bosn. §. 54.

28) Ung. H. G. §. 42; bosn. §. 45.

1) Literatur vgl. oben §. 37 Anm. 1; außerdem Gareis H. R. §. 20; Wendt in Endemann's Hdb. I. §§. 71, 72, 73; v. Stubenrauch, Oestr. H. R. (1863) §§. 48 bis einschl. 55; vgl. auch Voigtel in Gruchot's Beitr. XII. S. 300 ff. Rechtsquellen wie §. 37 Note 1.

2) Behrend H. R. I. §. 53 (S. 369).

3) Zum Unterschiede von dem Procuristen, der zu Allem ermächtigt ist, was der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, kommt es bei der Handelsvollmacht darauf an, was ein derartiges Handelsgewerbe, wie das des Principals, mit sich bringt.

zu einzelnen Geschäften, die sich eben nur auf jene Rechtshandlungen erstreckt, welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Außerdem zieht aber das Gesetz selbst positiv und negativ Grenzen der Vollmacht und bestimmt, daß der Handlungsbevollmächtigte zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und endlich zur Proceßführung im Namen des Principals einer speciellen Vollmacht bedarf, widrigenfalls er hiezu nicht als ermächtigt anzusehen ist (Art. 47 H. G. B.).[4])

II. Eine weitere gesetzliche Beschränkung der Handlungsvollmacht ergibt sich bei der Frage nach dem Rechte zur Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten. Diese kann nur durch den Principal oder den Procuristen erfolgen. Der Handlungsbevollmächtigte selbst aber, mag er allgemein oder beschränkt bevollmächtigt sein, kann seine Handlungsvollmacht nicht auf einen Andern übertragen, d. h. seine Handlungsvollmacht als solche, als gesammte. Ob er sich theilweise durch einen Anderen vertreten lassen kann, ist quaestio facti[5]); das Gesetz schließt dies nicht aus. Wie der Procurist, dem es nicht gestattet ist, seine Procura auf einen Anderen zu übertragen, nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (Art. 42 H. G. B.)[6]) Handlungsbevollmächtigte, u. zw. auch zum Betriebe des gesammten Handelsbetriebes ernennen kann, so kann wohl auch der zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes bestellte Handlungsbevollmächtigte Andere zu einer bestimmten Art von Geschäften wie zu einzelnen Handelsgeschäften bevollmächtigen, wenn er nur nicht den Gesammtinhalt seiner eigenen Vollmacht überträgt. Doch ist immer im einzelnen Falle zu prüfen, ob eine solche Bevollmächtigung je nach der Art des Handelsgewerbes zulässig und üblich ist, bezw. wird es aus dem Inhalte der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten entnommen werden können, ob und inwieweit er Submandatare bestellen kann. Der gegen diese Vorschrift bestellte Handlungsbevollmächtigte kann weder für den Principal Rechte erwerben, noch diesen verpflichten.

Bei den Handelsgesellschaften gelten rücksichtlich der Bestellung Handlungsbevollmächtigter folgende Bestimmungen: 1. Bei offenen Handelsgesellschaften ist, wenn im Gesellschaftsvertrage nicht Anderes bestimmt ist, jeder Gesellschafter zur Ertheilung von Handlungsvollmachten berechtigt. Wenn aber im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung nur einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist, so ist nur jeder der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter berechtigt, Handlungsvollmachten zu ertheilen (arg. Art. 102; 99, 114 H. G. B.).[7]) 2. Bei Commandit- und Commandit-Actiengesellschaften gilt das unter 1 Gesagte rücksichtlich der persönlich haftenden Gesellschafter (arg. Art. 158, 167, 196).[8]) 3. Bei Actiengesellschaften übt der Vorstand dieses Recht aus

4) Ung. H. G. §. 43; bosn. §. 46.

5) v. Hahn, Comm. I. zu Art. 53.

6) Ung. H. G. §. 38; bosn. §. 41.

7) Ung. H. G. §§. 80; 78, 90; bosn. §§. 84; 81, 94.

8) Ung. H. G. §§. 133, 141; bosn. §§. 137, 145.

(arg. Art. 227, 230 und 231)[9]; und ebenso 4. bei Genossenschaften der Vorstand derselben (arg. §. 18 des Gesetzes über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 9. April 1873, Nr. 70 R. G. Bl.).[10]) 5. Rücksichtlich der Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten durch den Procuristen und der Ernennung von Submandataren gilt das oben Gesagte. Die Handlungsvollmacht kann übrigens auch stillschweigend ertheilt werden.[11])

Das Handelsgesetzbuch enthält keine Bestimmung darüber, wer als Handlungsbevollmächtigter bestellt werden kann. Es ist klar, daß hiezu in erster Linie jeder geeignet ist, der fähig ist, einen giltigen Vertrag abzuschließen, sohin auch Frauen. Jedoch sind die innerhalb der Grenzen der Vollmacht geschlossenen Geschäfte für den Mandanten und den Dritten auch dann verbindlich, wenn der Gewaltgeber einen solchen Mandatar bestellt, der unfähig ist, für sich selbst Verpflichtungen einzugehen (§. 1018 a. b. G. B.). Gesetzlich steht nichts entgegen, daß einem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft und dem Commanditisten einer Commandit- oder Commandit-Actiengesellschaft eine Handlungsvollmacht ertheilt werde (arg. Art. 167 und 196).

Rücksichtlich der Form der Bestellung der Handlungsbevollmächtigten stellt das H. G. B. keine Vorschriften auf. Sie kann daher, wie die Vollmachtsertheilung nach sonstigem Civilrechte, in Oesterreich durch einen mündlichen oder schriftlichen Bevollmächtigungsvertrag ertheilt werden (§§. 1002, 1005 a. b. G. B.).

Ausnahmsweise wird — und dies gilt sowohl bei Einzelkaufleuten als bei Handelsgesellschaften — die Ertheilung einer gesetzlich umschriebenen und beschränkten Vollmacht vermuthet, 1. für Handlungsreisende zum Einziehen oder Creditiren des Kaufpreises aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen, ohne daß aber hiemit eine Einschränkung oder Ausdehnung der Vollmacht ausgeschlossen wäre, was aber im einzelnen Falle nach den Grundsätzen für die Handelsbevollmächtigten zu beurtheilen ist (arg. Art. 49)[12]); 2. für den in einem Laden, offenen Magazin oder Waarenlager Angestellten zur Vornahme der daselbst gewöhnlich üblichen Verkäufe und Empfangnahmen (Art. 50)[13]), falls diese Vermuthung nicht anderweitig in solcher Art aufgehoben ist, daß der Zahlende den Mangel dieser Vollmacht nicht wissen mußte, z. B. durch An-

9) Ung. H. G. §§. 186, 188, 189; bosn. §§. 198, 200, 201.

10) In Ungarn gelten nach §. 241, in Bosnien gemäß §. 264 H. G. B. die Bestimmungen über die Vertretung der Actiengesellschaften auch für Genossenschaften. — Vgl. §. 24 des deutschen Genossenschaftsgesetzes.

11) Nach R. O. H. G. XII. S. 276 ff. kann eine Handlungsvollmacht stillschweigend durch thatsächliche Uebertragung der Geschäftsleitung erfolgen; ja selbst darin, daß der Kaufmann zuläßt, daß Jemand sich als Handlungsbevollmächtigter gerirt, kann unter Umständen eine stillschweigende Uebertragung der Handlungsvollmacht liegen (R. G. I. S. 8).

12) Vgl. §. 23 Einf. Ges. z. H. G. B. — Für Ungarn dieselbe Vorschrift in §. 45, für Bosnien in §. 48 H. G. B.

13) Ebenso ung. H. G. §. 47, bosn. §. 50, — daher sind Zahlungen an Ladendiener rechtskräftig (A.-Cl. II. No. 154), jedoch bleibt es quaestio facti, ob der in einem Laden für den Detailverkauf Angestellte auch zur Empfangnahme von Waaren en gros ermächtigt ist (Adler-Clemens VI. Nr. 956).

bringung einer Casse und Hinweis auf diese durch Placate. Auf diese Weise sind auch Einschränkungen auf Barzahlungen und Ausschluß von Creditirungen möglich[14]), und 3. für den Ueberbringer einer Quittung zum Zahlungsempfang (Art. 296), sofern nicht dem Zahlenden bekannte Umstände einer solchen Ermächtigung entgegenstehen[15]), nicht aber für den Ueberbringer einer unquittirten Rechnung (Art. 51).[16])

III. Rücksichtlich des Verhältnisses des Handlungsbevollmächtigten zum Principale gelten die oben in §. 35 sub Nr. II dargelegten Normen. Wie schon oben erwähnt wurde, darf der Handlungsbevollmächtigte ohne Einwilligung des Principals seine Handlungsvollmacht in ihrer Gesammtheit nicht auf einen Anderen übertragen. Wenn ihm diese Uebertragung seiner gesammten Vollmacht ausdrücklich gestattet ist, haftet er für culpa in eligendo (§. 1010 a. b. G. B.). Ein zum Betriebe des gesammten Handelsgewerbes bestellter Handlungsbevollmächtigter darf ohne Einwilligung des Principals weder für eigene noch für fremde Rechnung Handelsgeschäfte machen (Art. 56).[17]) Diese Einwilligung wird dann präsumirt, wenn dem Principal bei Ertheilung der Vollmacht bekannt war, daß der Handlungsbevollmächtigte für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte betreibe, und er das Aufgeben dieses Betriebes nicht bedungen hatte. Diese Beschränkung gilt aber nicht für die nur zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften Ermächtigten.

Wenn der Handlungsbevollmächtigte seine Vollmacht überschreitet, so kann nach der cit. Gesetzesstelle der Principal verlangen, daß der Handlungsbevollmächtigte ihm den durch diese Vollmachtsüberschreitung zugefügten Schaden ersetze, oder daß die vom Bevollmächtigten für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für seine, des Principals, Rechnung geschlossen behandelt werden. Diesen Anspruch muß der Principal jedoch innerhalb des Zeitraumes von drei Monaten von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem er von dem Abschlusse des Geschäftes Kenntniß erhalten hat, geltend machen, widrigenfalls dieser Anspruch als erloschen anzusehen ist (§. 24 Einf. Ges.).

IV. Nach außen hin wird der Principal durch die Rechtsgeschäfte des Handlungsbevollmächtigten berechtigt und verpflichtet, zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten aber entstehen dadurch keine Rechte und Verbindlichkeiten.

Hiebei ist es gleichgiltig, ob der Bevollmächtigte ausdrücklich im Namen des Principals handelt, oder ob sich aus den Umständen ergibt, daß das betreffende Geschäft nach dem Willen der Contrahenten für den Principal geschlossen wurde (Art. 52).[18])

14) Vgl. Staub Comm. §. 3 zu Art. 50; vgl. auch R. O. H. G. XII. S. 38, XX. S. 276 ff.

15) Siehe hierüber Behrend H. R. I. §. 53 Note 30. — Uebereinstimmend mit Art. 296 H. G. B. §. 308 des bosn. und §. 48 des ung. H. G. B.

16) Ebenso §. 51 des bosn. H. G. Im ung. H. G. fehlt eine solche ausdrückliche Bestimmung.

17) Ebenso ung. H. G. §. 53; bosn. §. 56.

18) Ung. H. G. §. 49; bosn, §. 52. — Vgl. auch Ruhstrat in Ztschr. f. H. R. XXXVII. S. 43 ff. und in Ihering's Jahrb. XXVI. S. 456 ff., bes. S. 497 ff.

Ueberschreitet ein Handlungsbevollmächtigter bei Abschluß eines Geschäftes seine Vollmacht, nicht etwa bloß die ihm ertheilten Instructionen[19]), so ist er dem Dritten, dem in diesem Falle die Wahl zusteht, ihn auf Schadenersatz oder Erfüllung zu belangen, persönlich nach Handelsrecht haftungspflichtig, außer es wäre dem Dritten die Vollmachtsüberschreitung bei Abschluß des Geschäftes bekannt gewesen (Art. 55).[20]) Sowie der Dritte bei Ueberschreitung der Vollmacht durch den Bevollmächtigten sich nicht zum Theil, d. i. soweit das Geschäft der Vollmacht entspricht, an den Principal, und zum Theil, d. i. soweit eine Ueberschreitung vorliegt, an den Bevollmächtigten halten kann, außer es wären mehrere Verträge, einer der Vollmacht gemäß, der andere gegen dieselbe, abgeschlossen worden oder es wäre das Geschäft seinem Objecte nach theilbar, kann auch der Principal in diesem Falle das Geschäft nur im Ganzen genehmigen oder die Genehmigung ablehnen. Mit allseitigem Einvernehmen aber wäre natürlich eine Theilung des Obligationsverhältnisses, sohin theilweise Ratihabirung möglich.

Die hier aufgestellten Grundsätze gelten auch für den Fall, daß Jemand ohne Handlungsbevollmächtigter zu sein, sich als solcher gerirt und in dieser fingirten Stellung Handelsgeschäfte abschließt.[21]) Der Mangel der Vollmacht muß bewiesen werden. Es wird übrigens nur vorausgesetzt, daß sich der angebliche Vertreter (falsus procurator) als solcher gerirt hat, nicht aber daß sein Vorgehen schuldhaft war.[22])

V. Der Handlungsbevollmächtigte hat für die Firma des Vollmachtgebers in einer das Vollmachtsverhältniß bezeichnenden Weise zu zeichnen, darf sich jedoch keines eine Procura andeutenden Zusatzes bedienen (Art. 48).[23])

VI. Gleich der Procura ist die Handlungsvollmacht unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnisse jederzeit widerruflich und gleich der Procura erlischt auch die Handlungsvollmacht nur durch den Tod des Bevollmächtigten, nicht auch durch den Tod des Principals (Art. 54).[24]) Jedoch kann die Handlungsvollmacht auf die Lebensdauer des Principals beschränkt, oder an eine Resolutivbedingung geknüpft, oder auf bestimmte Zeit ertheilt sein, während die Procura derartige Beschränkungen nicht verträgt.

Es ist Sache des Principals durch Circularien u. s. w. Sorge zu tragen, daß das Erlöschen einer Vollmacht zur Kenntniß des Publikums gelangt. Die vom Bevollmächtigten nach Erlöschen der Vollmacht mit einem Dritten, dem das Erlöschen der Vollmacht unbekannt war, abgeschlossenen Verträge bleiben für den Principal verbindlich, der nur an

19) Die Entscheidung R. O. H. G. XXIII. S. 348.

20) Ung. H. G. §. 52; bosn. §. 55.

21) Vgl. Thöl H. R. I. §. 71, Wendt in Endemann's Handb. I. §. 73, Laband in Ztschr. f. H. R. X. S. 230 ff. Keyßner ebenda XI. S. 501 und in Busch's Arch. XI. S. 65, v. Krävel in Busch's Arch. XXII. S. 132, v. Hahn, Brix, Fuchsberger-Gareis, Puchelt, Willenbücher, Staub, Comm. zu Art. 55; v. Stubenrauch, Oest. H. R. §. 52; Hasenöhrl, Oest. Obl. R. I. S. 388.

22) Anders Laband in Ztschr. f. H. R. X. S. 235.

23) Ebenso ung. H. G. §. 44; bosn. §. 47.

24) Ebenso ung. H. G. §. 51; bosn. §. 54.

den Bevollmächtigten, der die Aufhebung des Vollmachtsverhältnisses verschwiegen hat, Regreßansprüche wegen des ihm hiedurch entstandenen Schadens hat. (§. 1026 a. b. G. B.)

§. 39.
4. Der Handlungsreisende.[1])

I. Handlungsreisende sind solche Handlungsbevollmächtigte, welche der Principal zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet (Art. 49).[2]) Dem juristischen Charakter seiner Stellung nach ist der Handlungsreisende einerseits Stellvertreter des Principals und fällt als solcher unter die Vorschriften über die Handlungsvollmacht, andererseits aber steht er als Handlungsgehilfe in einem Abhängigkeits- und Dienstverhältnisse zum Principal, wie dies in der französischen Benennung „commis voyageur" seinen Ausdruck fand. Ebenso bezeichnet der obencitirte Gesetzesartikel die Handlungsreisenden als eine Classe der beschränkt Handlungsbevollmächtigten, sowie andererseits die Worte, „welche ihr Principal .... verwendet", auf ein dienstliches persönliches Abhängigkeitsverhältniß deuten.[3]) Daher sind nicht als Handlungsgehilfen anzusehen: 1. Personen, die ohne in einem Dienst- oder Abhängigkeitsverhältnisse zum Principal zu stehen, zur Vornahme einzelner Handelsgeschäfte entsendet werden (Art. 298)[4]); sie sind einfache Mandatare. 2. Agenten, die unabhängig vom Handlungshause als Bevollmächtigte im Namen und für Rechnung des Mandanten, zu dem sie aber in keinerlei Abhängigkeit oder dienstlichem Verhältnisse stehen, an auswärtigen Orten gewerbsmäßig Handelsgeschäfte abschließen, und endlich 3. die sog. Provisionsreisenden, gleichfalls selbständige Mandatare, die als selbständige Gewerbetreibende oder Reisende eines fremden Principals auch für andere Personen in deren Auftrag und Vollmacht gegen Provision auswärtige Geschäftsabschlüsse übernehmen. In allen diesen drei Fällen fehlt das Abhängigkeitsverhältniß vom Handlungshause der vertretenen Person, das ja die Stellung des Handlungsreisenden dem Principal gegenüber charakterisirt.

II. Diese Doppelstellung des Handlungsreisenden findet ihren Ausdruck in den rechtlichen Verhältnissen, in welchen derselbe zum Drittcontrahenten bzw. zum Principal steht. Ersteres Verhältniß erhält seinen Inhalt durch Inhalt und Umfang der dem Handlungsreisenden übertragenen Vollmacht, letzteres durch den Dienstvertrag, sowie durch die bezüglichen Normen des H. G. B. Was nun die Vollmacht betrifft, so hat er ex lege die Ermächtigung, den Kaufpreis aus den von ihm abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen oder dafür Zahlungsfristen zu be-

---

1) Vergl. außer den Commentaren zu Art. 49 und außer der oben §. 38 Anm. 1 erwähnten Literatur auch noch Wengler in Busch's Archiv. II. S. 60 u. ff.; Frantz, Die rechtl. Stellung des Handlungsreisenden (1892). — H. G. B. Art. 49, ung. H. G. §. 45, bosn. §. 48.

2) Vgl. Entscheidung des R. O. H. G. I. S. 150 ff.; analog dem Art. 49 H. G. B., §. 45 des ung. H. G., §. 48 des bosn. H. G.

3) Protokolle S. 4515; ebenso R. O. H. G. I. S. 150, IX. S. 105, XV. S. 406.

4) Ung. H. G. §. 290; bosn. §. 311.

willigen. Hiemit hat aber das Gesetz keineswegs den äußersten Umfang der Vollmacht des Handlungsreisenden feststellen wollen, wie auch das Wort „insbesondere“ in dieser Gesetzesstelle (Art. 49) bezeugt. Es ist daher im einzelnen Falle nach den Bestimmungen für die Handelsvollmachten zu entscheiden, ob und welche weitergehenden Befugnisse dem Handlungsreisenden außer dem gesetzlichen Vollmachtsinhalte noch zustehen.[5]) Nach eben diesen Vorschriften ist zu urtheilen und vorzugehen, wenn ein Handlungsreisender seine Vollmacht überschreitet oder wenn Jemand sich als Handlungsreisender gerirt, ohne es zu sein. Für Handlungsreisende im Sinne des Art. 49 H. G. B. ist die Beschränkung des §. 10 der Handelsministerialverordnung vom 3. Nov. 1852, wonach der Handlungsreisende einer ausdrücklichen Ermächtigung zum Incasso bedarf, durch §. 23 Einf. Ges. z. H. G. B. aufgehoben. Ebenso sind die Haftungsverpflichtungen nach dem allgemeinen Vollmachtsverhältnisse zu beurtheilen. Unabhängig von der Vollmacht ist die Besoldungsfrage, sowie die Frage des Ersatzes des Reiseaufwandes durch den Principal nach dem Dienstvertrage, und in Ermanglung diesbezüglicher Vertragsbestimmungen nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu beurtheilen, sowie überhaupt das ganze innere Verhältniß zwischen Principal und Handlungsreisenden nach dem Dienstvertrage bzw. nach den betreffenden Normen des Handelsgesetzbuches für die Handlungsgehilfen zu beurtheilen ist.

Entsprechend der oberwähnten Doppelnatur wird die rechtliche Stellung des Handlungsreisenden sowohl durch die Endigungsgründe für das Vollmachtsverhältniß (s. oben §. 38) als auch durch die Auflösungsarten des Dienstverbandes beendigt (s. unten §. 42).

III. Das Gesetz schreibt ausdrücklich die Verwendung des Handlungsreisenden an auswärtigen Orten vor. Platz- oder Stadtreisende gelten nicht als Handlungsreisende im Sinne des cit. Art. 49 H. G. B.[6]), und der Handlungsreisende hört auf es zu sein, wenn er sich an den Ort der Niederlassung des Principals begibt und dort für diesen thätig ist. Diese werden als Handlungsbevollmächtigte beurtheilt.

§. 40.

5. Der Handelsagent[1]) (Provisionsreisende, Versteigerer).

I. Eine besondere Stellung im Handelsverkehre und insbesondere auch unter den Handelsbevollmächtigten nehmen die sog. Handelsagenten (Agenten) ein, für welche aber das Handelsgesetzbuch weder einen präsumtiven Umfang ihrer Vollmacht, noch überhaupt irgendwelche Sonderbestimmungen aufstellt. Darunter versteht man 1. solche Personen,

---

5) Beispiele aus der Praxis s. Willenbücher, H. G. B. Nr. 3 zu Art. 49; Behrend, H. R. I. §. 53; Note 24; und Geller's Ausg. des H. G. B. zu Art. 49.

6) Frantz a. a. O. S. 13; Makower, Comm. Nr. 51 zu Art. 49. Ebenso R. G. VI. S. 83 ff. (vgl. obstg. E. in Geller's C. Bl. f. jurist. Praxis VII. Nr. 309).

1) v. Hahn, Comm. I. §§. 3 und 5 des Zusatzes zum 5. Titel H. G. B.

welche, ohne im ausschließlichen Dienste eines Anderen (des Principals) zu stehen, von diesem zum Abschlusse von Handelsgeschäften bestimmter Art in seinem Namen ermächtigt sind. Der Umfang ihrer Vollmacht ist im concreten Falle zu prüfen. Dieselben können sowohl zu einem als auch zu mehreren Geschäftshäusern, in deren Auftrag sie handeln, in dauernde Beziehungen treten. Hieher gehören z. B. die Platzagenten, Repräsentanten, Inhaber von Agenturbureaux u. a. m. Haben solche Agenten keine feste Handlungslocalität, sondern suchen sie die Contrahenten an verschiedenen von dem Geschäftssitze des Vollmachtgebers getrennten Orten auf, üben sie also ihre Vertretung reisend aus, so heißen sie Provisionsreisende. Betreiben die Agenten die Vertretung gewerbsmäßig, so fällt dies unter Art. 272 Nr. 4[2]), und sie sind Kaufleute im Sinne des Art. 4 H. G. B. Zwischen diesen Letzteren und deren Auftraggebern besteht ein nach Handelsgebrauch bzw. subsidiär nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilender Agenturvertrag. Es kann aber 2. der Agent auch eine im Dienste eines Kaufmannes stehende Person sein, welche von diesem zum Abschlusse einer bestimmten Art von Geschäften an einem auswärtigen Orte angestellt ist. Dieser ist einerseits Bevollmächtigter und als solcher nach den für die Handelsbevollmächtigten geltenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, insbesondere Art. 298[3]) zu beurtheilen, andererseits aber fällt er auch unter die Classe der Handlungsgehilfen und ist rücksichtlich seines dienstlichen Verhältnisses zum Principal nach den für diese geltenden Normen zu beurtheilen.

II. Bezieht der Agent ein festes Gehalt, so ist er Handlungsgehilfe und daher Handlungsbevollmächtigter (siehe oben Nr. I, Z. 2); umgekehrt aber läßt sich daraus, daß ein Agent kein festes Gehalt bezieht, noch nicht schließen, daß er nicht Handlungsgehilfe ist; denn es kann auch im Dienstvertrage anstatt eines festen Gehaltes eine Provision oder ein Gewinnantheil (Tantième) vereinbart sein. Es ist sohin in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob ein Dienstverhältniß oder eine bloße Stellvertretung vorliegt.

III. Nicht hieher gehören Agenten, welche bloß Geschäfte unter Anderen einleiten und vermitteln, ohne im Auftrage des einen oder des anderen Contrahenten zu handeln, (Privathandelsmäkler), und Personen, welche für einen Anderen, aber in eigenem Namen Handelsgeschäfte abschließen (Commissionäre); wohl aber gehören in der Regel hieher die sog. Versteigerer (Waarenversteigerer, Auctionatoren). Sie sind in der Regel Bevollmächtigte u. z. zum Verkaufe auf dem Wege der Versteigerung an den Meistbietenden. In der Ausführung der Waarenversteigerung liegt nicht nur die Leistung einer Stellvertretung, sondern zugleich auch eine Vermittelung von Verkäufen; wer diese Waarenversteigerung gewerbemäßig betreibt, ist sohin Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches.[4])

---

2) Ung. H. G. §. 259 Z. 7; bosn. §. 283 Z. 7.

3) Ung. H. G. §. 290; bosn. §. 311.

4) v. Hahn, Comm. I. §. 4 des Zusatzes zum 5. Titel H. G. B.; Goldschmidt, System des H. R. (4. Aufl.) §. 40.

§. 41.

IV. Das Hilfspersonal des Kaufmannes.[1])

(Die Handlungsgehilfen.)

1. Im Allgemeinen.

I. Das Handelsgesetzbuch faßt alle Jene, „welche in einem Handelsgeschäfte angestellt sind, um kaufmännische Dienste zu leisten", unter dem Begriffe Handlungsgehilfen zusammen[2]), zum Unterschiede von solchen, welche lediglich bei der Hervorbringung oder Bearbeitung von Waaren Dienste leisten — sog. Technikern, Ingenieuren, Fabrikmeistern, Fabrikarbeitern, Handwerksgesellen ꝛc. —, als auch von solchen, die nur Gesindedienste zu leisten haben.[2a]) Ohne die Möglichkeit der Bevollmächtigung von Handlungsgehilfen durch den Principal und der Vertretung des Principals durch dieselben auszuschließen, setzen Art. 54 und 58 H. G. B.[3]) doch ausdrücklich das Dienst- und Vollmachtsverhältniß einander gegenüber, wie überhaupt fast sämmtliche Artikel des 6. Titels des Handelsgesetzbuches das Dienstverhältniß des Handlungsgehilfen zum Principal betonen, und auch die Bezeichnung „Principal" für den Geschäftsinhaber auf ein Verhältniß der Ueber- und Unterordnung hinweist.[4])

Nach dem Gesagten kann wohl das feste Dienstverhältniß zum Principal als charakteristisches Merkmal des Handlungsgehilfen bezeichnet werden. Der Handlungsgehilfe dient als organisches Glied dem Geschäftsbetriebe seines Chefs; seine Aufgabe ist begrenzt und bestimmt durch das Gewerbe des Chefs, dem er seine Thätigkeit widmet. Wer selbst innerhalb des Geschäftslocales außerhalb des Geschäftsorganismus liegende Dienstleistungen verrichtet, ist ebensowenig Handlungsgehilfe, wie die sog. Provisionsreisenden, oder die gegen Provision angestellten Agenten, mögen sie auch in noch so enger dauernder und ausschließlicher Beziehung zu ihrem Handlungshause stehen. Wer, ohne in einem solchen ständigen Dienstverhältnisse zu stehen, einem Kaufmanne im Betriebe seines Geschäftes nur behilflich ist, kann nicht als Handlungsgehilfe gelten, weshalb auch der Haussohn oder die Ehefrau eines Kaufmannes, welche diesem in seinem Geschäftsbetriebe, d. i. innerhalb des Geschäftsorganismus, behilflich sind, nicht ohne weiters als Handlungsgehilfen anzusehen sind.

Die Dienste des Handlungsgehilfen bestimmen sich nach den zwischen

---

1) Literatur: außer den Comm. z. H. G. B. vgl. noch Thöl, Handelsrecht. I. §§. 77—80; Wendt in Endemann's Hdb. I. §§. 64—67; v. Stubenrauch, H. R. §§. 56 bis incl. 61; Haase, Der Handlungsgehilfe und sein Chef (1891); vgl. auch Schreiber, Der Arbeitsvertrag nach heutigem östr. Privatrecht (1887), insbes. S. 16 ff. über die Anwendbarkeit des H. G. B. auf Handlungsgehilfen und über die Abgrenzung der Anwendungsgebiete des H. G. B. und der Gewerbeordnung in dieser Richtung.

2) v. Hahn, Comm. §. 1 zu Art. 57.

2a) v. Hahn, Comm. §. 1 zu Art. 57, Note 2; vgl. E. des R. O. H. G. XVII. S. 307, XVIII. S. 24, XXI. S. 18; R. G. I. S. 268.

3) Ung. H. G. §. 51; bosn. §. 54.

4) Daher nicht der Vorstand einer Actiengesellschaft.

ihm und dem Principale bei der Aufnahme in den Dienst getroffenen Vereinbarungen. Sie können rechtlicher Natur sein (Abschluß von Rechtsgeschäften für den Principal), oder thatsächlicher, technischer Natur (Correspondenz oder sonstige Schreibgeschäfte, Buchführung, sodann Ordnung, Lagerung oder Abfertigung der Waaren u. s. w.), immer aber müssen es kaufmännische, commerciell-technische Dienste sein, d. h. solche Dienste, welche innerhalb des Geschäftsbetriebes des Principals liegen. Hiefür läßt sich allerdings eine allgemeine Regel nicht aufstellen, und es ist quaestio facti, ob im einzelnen Falle nach den herrschenden Anschauungen des Verkehrs und der kaufmännischen Welt ein kaufmännischer Dienst oder eine rein technische oder mechanische Leistung vorliege.[5]) Da nun diese kaufmännischen Dienste in der Regel nur den inneren Geschäftsbetrieb betreffen, so erscheint der Handlungsgehilfe noch nicht schlechthin als Handlungsbevollmächtigter, sondern er bedarf, um Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Principals vornehmen zu können, eines speciellen Auftrages, einer Vollmacht, verliert aber hiedurch, insolange nur das Dienstverhältniß zum Chef fortbesteht, keineswegs den Charakter eines Handlungsgehilfen.

In einer großen Zahl von Fällen wird nun allerdings der Handlungsgehilfe, wie dies schon oben bemerkt wurde, zugleich Handlungsbevollmächtigter sein, zumal ja viele der ihm eventuell obliegenden Dienstesverrichtungen, z. B. Verkaufen von Waaren, Eincassiren von Geld u. s. w., eine solche Bevollmächtigung geradezu voraussetzen. Nichtsdestoweniger aber gibt es Handlungsbevollmächtigte, die keine Handlungsgehilfen sind, und Handlungsgehilfen ohne Vollmacht.

II. Das Handelsgesetzbuch scheidet die Handlungsgehilfen in Handlungsdiener und Handelslehrlinge (Art. 57 u. 61).[6]) Diese Unterscheidung beruht auf der Verschiedenheit der Stellung, welche die Handlungsdiener und Handelslehrlinge, abgesehen von etwaiger Vertretungsbefugniß, in dem Geschäfte des Kaufmannes einnehmen. Selbst das Vertragsobject bei beiden Classen von Handlungsgehilfen ist ein verschiedenes; denn während Ausbildung und Unterweisung des Lehrlings in dem Gewerbe des Principals den Hauptgegenstand des Lehrvertrages bilden, die Dienstleistungen des Lehrlings aber nur als Mittel zum Zwecke dienen, sind beim Handlungsdiener die Dienste das einzige Vertragsobject. Daher kommt es auch, daß das Verhältniß zwischen Principal und Lehrling mehrfach durch sittliche Rücksichten bestimmt wird, während jenes des Handlungsdieners zum Principal ein rein rechtliches ist. Dem Handlungsdiener gegenüber steht dem Principal in der Regel keinerlei Aufsichtsrecht über dessen außergeschäftliches Leben zu, wohl aber ist er nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, das außergeschäftliche Leben des Lehrlings zu überwachen.[7])

---

5) Der Dolmetsch (Obst. G. H. in Jur. Bl. Nr. 36 v. 1887), der Werkmeister einer prot. Fabrik (Obstg. E. ebenda Nr. 25 v. 1894) sind Handlungsgehilfen im Sinne des H. G. B., nicht aber der Koch einer Restauration (R. O. H. G. X. S. 229); nicht Kellner od. Oberkellner (R. O. H. G. XXIV. S. 270 f.).

6) Ebenso ung. H. Ges. in §. 55, bosn. in §. 58.

7) v. Hahn, Comm. I. §. 10 der Vorbemerkung zum 5. Titel H. G. B.

In anderen Beziehungen aber besteht kein Unterschied zwischen Handlungsdiener und -lehrling, weshalb das Gesetz auch, abgesehen von Art. 61, welcher die Dauer und Kündigung des Dienst- und Lehrverhältnisses von einander sondert, keine eigenen Bestimmungen für jede der beiden Kategorieen von Handlungsgehilfen aufstellt, sondern die übrigen Rechtsverhältnisse aller Handlungsgehilfen gemeinsam regelt.

III. Nicht zu Handlungsgehilfen im Sinne des Handelsgesetzbuches gehören Personen, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes nur Gesindedienste verrichten, wie z. B. Packknechte, Kutscher u. s. w., für welche auch nicht die Vorschriften des Handelsgesetzbuches, sondern die Normen der einzelnen Gesindeordnungen gelten.

§. 42.

2. Die Handlungsdiener.[1])

I. Das Dienstverhältniß zwischen dem Principal und dem Handlungsdiener wird durch den Dienstvertrag (auch Lohnvertrag oder Engagementsvertrag genannt) begründet, auf welchen, da er auf Seite des Principals immer (mitunter auch auf Seite des Handlungsdieners) Handelsgeschäft ist, die allgemeinen Grundsätze des Handelsgesetzbuches über Handelsgeschäfte Anwendung finden (Art. 278 u. ff., arg. Art. 277 H. G. B.)[2]), wonach insbesondere eine bestimmte Form für den Vertrag nicht erforderlich ist; dieser kann mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden. Die Fähigkeit zum Abschlusse eines Dienstvertrages bestimmt sich auf beiden Seiten nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes und nach den Vorschriften der Gewerbeordnung. Jedoch sind die für den Principal durch die Gewerbeordnung für die Ausübung eines Gewerbes vorgeschriebenen Bedingungen für den Handlungsgehilfen nicht erforderlich, außer dieser müßte das Gewerbe seines Principals als Stellvertreter (Geschäftsführer) ausüben (§. 55 Gew. O.). Ferner ist durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung (Art. 69 Z. 2 des Ges. v. 4. April 1875, Nr. 68 R. G. B.) den Mäklern untersagt, zu einem Kaufmanne in das Verhältniß eines Handlungsgehilfen zu treten.

Behufs Aufnahme in den Dienst muß sich der Gehilfe mit den erforderlichen behördlich vidirten Zeugnissen ausweisen (§. 74 Gew. O.). Ein Unternehmer, welcher Gehilfen ohne einen solchen Ausweis aufnimmt, wird zu einer Geldstrafe von 10—400 fl. verhalten (§§. 74 u. 133 Gew. O.) und haftet, wenn er vorsätzlich gehandelt oder wenn sein Antheil an dem Schaden sich nicht bestimmen läßt, solidarisch mit dem Handlungsgehilfen dem früheren Dienstgeber (Principal) für den ihm durch den eigenmächtigen Austritt des Gehilfen entstandenen Schaden, wenn nur ein Versehen vorliegt und der Antheil sich bestimmen läßt, nur für den durch sein Versehen herbeigeführten Schaden (§. 1302 a. b. G. B.).

---

1) Literatur s. §. 41 Note 1; H. G. Art. 57—65; ung. H. G. §§. 55 ff.; bosn. §§. 58 ff.

2) Ung. H. G. §§. 265 u. ff.; bosn. §§. 289 u. ff. (arg. §. 264 ung. u. §. 288 bosn. H. G.)

Endlich ist die Aufnahme eines Gehilfen bei der Polizei und, falls der Geschäftsherr einer Genossenschaft angehört, auch bei dieser anzumelden.

II. Den Inhalt des Dienstvertrages bilden in der Regel: die zu leistenden Dienste des Handlungsdieners und die diesem hiefür vom Principal zu entrichtende Vergütung, eventuell die Dauer des Dienstverhältnisses und die Kündigungsfrist (Art. 61 H. G. B.). Der nothwendige Inhalt des Vertrages aber beschränkt sich auf „die gegenseitige Willenserklärung über die Eingehung des Dienstverhältnisses."[3]) Die einzelnen aus diesem Dienstverhältnisse sich ergebenden Rechte und Pflichten werden daher in erster Linie nach den Vertragsvereinbarungen, u. z. selbst dann, wenn diese den gesetzlichen Bestimmungen widersprechen, und in Ermangelung solcher nach Ortsgebrauch und endlich in Ermangelung eines Gewohnheitsrechtes nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte beurtheilt. Neben dem Handelsgesetzbuche kommen auch die Vorschriften der Gewerbeordnung über das gewerbliche Hilfspersonal (§§. 72 u. ff. der Gew. O. vom 20. Dec. 1859, Nr. 227 R. G. Bl., abgeändert durch Ges. vom 15. März 1883, Nr. 39 R. G. Bl.) in Betracht, „insoferne sie sich auf Gehilfen bei Handlungsgewerben beziehen, und die Art. 59—65 des Handelsgesetzbuches nicht etwas anderes verfügen" (§. 25 Einf. Ges. z. H. G. B.).

Was nun erstlich die Dienstleistungen des Handlungsdieners betrifft, so ist zu unterscheiden, ob er im Vertrage die Leistung bestimmter Dienste übernommen hat[4]) oder nicht; in ersterem Falle können in der Regel nur die vertragsmäßig übernommenen Dienste beansprucht werden, und nur ausnahmsweise kann der Principal dem Gehilfen auch andere angemessene den vertragsmäßigen Dienstleistungen ähnliche zuweisen.[5]) Ist aber keine diesbezügliche Vereinbarung getroffen, so ist der Handlungsdiener nur zu kaufmännischen Diensten schlechthin verpflichtet, zu nichtkaufmännischen Dienstleistungen aber nur dann, wenn er sie übernommen hat, wofür bei gewissen Handlungsdienern eine Präsumtion besteht.[6]) Der Umfang der zu leistenden kaufmännischen Dienste bestimmt sich in diesem Falle, da eine Vertragsvereinbarung nicht vorliegt, nach dem Ortsgebrauche oder nach dem Ermessen des Gerichtes, das sich durch Vernehmung von Sachverständigen über den ortsgebräuchlichen Umfang der zu leistenden Dienste Kenntniß zu verschaffen hat (Art. 57 H. G. B.). In der Praxis und thatsächlich läuft dies darauf hinaus, daß der Principal dem Handlungsdiener seine Thätigkeit zuweist, wobei er selbstverständlich keine unbilligen Anforderungen stellen darf, daß aber im Streitfalle der Richter den Umfang der Dienstleistungen nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des jeweiligen Ortsgebrauches festzusetzen hat. Der

---

3) Behrend, H. R. I. §. 45 (überh. f. die folgende Darstellung zu vergl.); ferner auch Voigtel in Busch's Arch. XIII. S. 337 ff.

4) Vgl. obstg. Entsch. in Geller's C. Bl. f. jurist. Praxis. V. Nr. 378.

5) Behrend H. R. I. §. 45. S. 320.

6) Behrend H. R. I. §. 45 Note 20; §. 44 Note 10.

Handlungsdiener erfüllt seine Pflicht dadurch, daß er sich dem Principal zur Verfügung stellt, und während der ganzen Dienstzeit in dem bedungenen oder ortsüblichen Umfange bereit und fähig ist, die vertragsmäßig übernommenen Dienste zu leisten, sei es, daß der Principal von dessen Diensten Gebrauch macht oder nicht. Es ist gleichgiltig, aus welchem Grunde der Principal die Leistung des Handlungsdieners nicht annimmt, oder von seinen Diensten nicht Gebrauch macht, wenn dies nur kein die Auflösung des Dienstverhältnisses bewirkender Grund ist (§. 1155 a. b. G. B. Art. 64 H. G. B.). Zur Dienstbereitschaft des Handlungsdieners gehört auch, daß er „während der ganzen Dauer der Dienstzeit fähig ist, die vertragsmäßigen Dienste zu leisten." [7]) Ist aber ein Handlungsdiener durch unverschuldetes Unglück [8]) an der Leistung seines Dienstes nur zeitweise verhindert, so geht er dadurch seiner Ansprüche auf Gehalt und Unterhalt nicht verlustig, hat jedoch auf diese Vergünstigung nur für die Dauer von sechs Wochen Anspruch (Art. 60), und dies auch dann, wenn sich bei einer bloß zeitweisen Behinderung von vornherein annehmen läßt, daß sie länger als sechs Wochen dauern werde. [9]) Es ist selbstverständliche Voraussetzung, daß das Dienstverhältniß während dieser sechs Wochen nicht etwa aus einem anderen Grunde zur Auflösung gelangt ist. [10]) Der Handlungsgehilfe soll aber nicht nur während der ganzen Dauer des Dienstverhältnisses dem Principal jederzeit zur Verfügung und Bereitschaft stehen, er soll auch während der Dauer dieses Verhältnisses seine ganze geschäftliche Thätigkeit dem Gewerbebetrieb des Principals widmen. Es ist ihm daher durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung (Art. 59 H. G. B. [11]) und §. 77 Gew. O.) untersagt, ohne Einwilligung des Principals weder für eigene noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte zu machen, gleichgiltig, ob sie auf seiner Seite oder auf Seite dessen, für den er handelt, Handelsgeschäfte sind. Rücksichtlich der Folgen der Ueberschreitung dieses Verbotes, sowie wegen der Präsumtion der stillschweigenden Zustimmung des Principals, und rücksichtlich des Selbst-

---

7) Behrend H. R. I. §. 45. S. 323.

8) „Der Begriff des unverschuldeten Unglückes ist weniger nach abstracten Regeln als nach billigem Ermessen von Fall zu Fall zu bestimmen" (Behrend a. a. O. I. §. 45 Note 37). Unter Anderen gehören hieher nicht durch eigenes Verschulden zugezogene Krankheiten, unverschuldete Freiheitsentziehung, mitunter auch unglückliche Familienereignisse, jedoch nicht die Einberufung zur Waffenübung (östr. obstg. E. in Wiener Jurist. Bl. Nr. 20 v. 1894), wohl aber unter Umständen die Einberufung bei einer Mobilisirung (R. G. VIII. S. 153; Entsch. des östr. obst. H. G. in Busch's Arch. XXIV. S. 31). — Vgl. v. Hahn, Comm. I. zu Art. 60; Anschütz-Völderndorff, Comm. I. zu Art. 60.

9) Ebenso ung. H. G. §. 56; bosn. §. 59; anhalt. Kränklichkeit und Krankheit oder längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit sind Gründe zur Aufhebung des Dienstverhältnisses (s. unten S. 126 Text).

10) Behrend H. R. I. §. 45. S. 324; v. Hahn und Anschütz-Völderndorff zu Art. 60.

11) Vgl. ung. H. R §. 59 Z. 2; bosn. §. 63 Z. 2, in welchen beiden Gesetzen der Betrieb von Handelsgeschäften ohne Einwilligung des Principals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten als Grund sofortiger Entlassung ohne Kündigung angegeben ist, wie auch in Oesterreich (Art. 64 H. G. B. Z. 2).

eintrittrechtes oder Schadenersatzanspruches des Principals gelten hier dieselben Grundsätze wie bei Ueberschreitung des gleichen Verbotes durch den Procuristen (s. oben §. 37) und durch den Handlungsbevollmächtigten (s. oben §. 38).

Es ist selbstverständlich, aber durch die Gewerbeordnung (§. 76) ausdrücklich angeordnet, daß der Handlungsdiener seine ihm obliegenden Dienstespflichten persönlich und nach besten Kräften zu verrichten hat. Nur in dringenden Fällen kann er sich durch einen Anderen vertreten lassen, haftet aber diesfalls für culpa in eligendo (§. 1161 a. b. G. B.). Ferner ist nach §. 76 Gew. O. der Handlungsdiener verpflichtet, dem Principal Treue, Folgsamkeit und Achtung zu erweisen, sich anständig und gegen Mitgehilfen und Hausgenossen verträglich zu benehmen, die bedungene oder ortsübliche Arbeitszeit[12]) einzuhalten, und über die Betriebsverhältnisse des Principals Verschwiegenheit zu beobachten.

Da die Thätigkeit des Handlungsgehilfen an sich auf die Leistung von Diensten, nicht aber auf eine Stellvertretung des Principals gerichtet ist, so ist der Handlungsdiener als solcher noch nicht ermächtigt, Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Principals abzuschließen (Art. 58).[13]) Er kann jedoch vom Principal dazu beauftragt (bevollmächtigt) werden, in welchem Falle dann die Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte (s. oben §. 38) Anwendung finden, wie dies bereits oben (S. 123) bemerkt wurde.

Der Handlungsdiener hat für seine Dienste Anspruch auf Vergütung (Entlohnung, Lohn). Diese besteht zumeist in einem festen Gehalte, kann aber auch zum Theile (d. i. neben dem festen Gehalte) oder ganz in Naturalleistungen (freie Station, Emolumente), Provision oder Tantième vom Geschäftsgewinn bestehen.[14]) Durch die Tantième wird aber der Handlungsdiener, der in diesem Falle auch commis intéressé genannt wird, nicht zum Gesellschafter des Principals; die Tantième vertritt eben nur die Stelle des Gehaltes oder eines Theiles desselben, ändert aber nichts an dem Dienstverhältnisse des commis intéressé als Handlungsgehilfen zum Principal. Je nach der Art der Vergütung richtet sich auch der Zeitpunkt der Leistung derselben durch den Principal; als allgemeine Regel aber kann der Satz aufgestellt werden, daß die Entlohnung der Leistung des Gehilfen nachfolgt (vgl. §. 1156 a. b. G. B.). Besteht der Lohn in einem bar auszuzahlenden Gehalte, so ist er in

---

12) Hienach ist der Handlungsgehilfe, „wenn von ihm das Arbeiten über eine spätere Stunde, als vereinbart oder ortsüblich ist, verlangt wird, berechtigt, diese Arbeit, abgesehen von vereinzelten dringenden Fällen, zu verweigern, ohne sich der Gefahr der sofortigen Entlassung auszusetzen. Leistet er aber derartige ‚Ueberstunden‘ freiwillig, so kann er nicht .... hiefür vom Principal eine besondere Vergütung rechtlich beanspruchen — es sei denn, daß die Honorirung an manchen Orten oder in einzelnen Branchen Usance wäre —, sondern muß sich eben auf den guten Willen seines Chefs verlassen.“ Haase, Der Handlungsgehilfe u. sein Chef. S. 14.

13) Siehe Note 11.

14) Vgl. Behrend, H. R. §. 45, insbes. Note 16, 17, 18; Provision und Tantième in der Regel nicht allein, sondern neben dem Gehalte.

der Regel ratenweise, ein in einem Jahresbetrage festgesetztes Gehalt in monatlichen decursiven, d. h. nach Ablauf jedes Monates fälligen Raten zu entrichten. Die Provision ist nach Abschluß der bezüglichen Geschäfte, die Tantième nach Anfertigung der Jahresbilanz fällig. Der Gehilfe hat Anspruch auf rechtzeitige Leistung der Vergütung (§. 76 Gew. O.), und eine mora solvendi des Principals gibt ihm das Recht auf volle Entschädigung (§. 1154 a. b. G. B.). Ueber die Höhe des Lohnes und der Vergütung entscheidet in erster Linie der Dienstvertrag, in Ermangelung eines solchen oder einer diesbezüglichen Bestimmung in demselben der Ortsgebrauch, oder das Ermessen des Gerichtes, nöthigenfalls nach Einholung eines Sachverständigengutachtens (Art. 57 H. G. B.). Außerdem ist der Principal verpflichtet, dem Handlungsgehilfen alle in ordnungsmäßiger Weise gemachten Auslagen, insbesondere dem Handlungsreisenden die Reisespesen zu ersetzen. Ihre Nachweisung und Bemessung geschieht in der im Handlungsverkehre üblichen Weise.

Endlich hat der Handlungsgehilfe ein Recht auf anständige Behandlung und beim Austritte aus dem Dienstverhältnisse auf ein wahrheitsgetreues Zeugniß (§. 76 Gew. O.).

III. Die Auflösung des Dienstverhältnisses zwischen dem Principal und dem Handlungsdiener erfolgt 1. durch Ablauf der Zeit, für welche es geschlossen worden war, sei es, daß ein bestimmter Endtermin festgesetzt wurde oder daß der Handlungsdiener für eine durch anderweitige Umstände fixirte Zeit, z. B. für die Dauer des Marktes, aufgenommen wurde[15]); 2. durch Kündigung u. z. entweder in einem dem Vertrage entsprechenden Zeitpunkte unter Beobachtung der vertragsmäßigen Kündigungsfrist oder sechs Wochen vor Ablauf eines Kalendervierteljahres (Art. 61)[16]); 3. durch gegenseitige Uebereinkunft; 4. durch den Tod des Handlungsdieners, nicht aber ohne weiters durch den Tod des Principals, der jedoch als wichtiger Grund für die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses in Betracht kommen kann; 5. durch dauernde Unfähigkeit des Gehilfen zur übernommenen Dienstleistung; 6. durch Aufhören des Gewerbebetriebes des Principals, wobei der Principal im Falle des freiwilligen Aufgebens des Gewerbes oder im Falle der durch seine Schuld oder durch Zufall auf seiner Seite herbeigeführten Einstellung des Gewerbetriebes den Gehilfen (Handlungsdiener) für den Entgang der Kündigungsfrist schadlos zu halten hat (§. 81 Gew. O.).

---

15) Vor Ablauf dieser Zeit ist kein Theil befugt, ohne rechtmäßigen Grund eigenmächtig von dem Vertrage abzugehen. (§. 1160 a. b. G. B.)

16) Ebenso ung. H. Ges. §. 57 und bosn. §. 60, jedoch ist nach diesen beiden Gesetzen bei Handlungsgehilfen, welche mit wichtigeren Agenden betraut sind, wie Buchhalter und Cassirer, eine dreimonatige Kündigung festgesetzt. Nach ausdrücklicher Anordnung (§. 57 Abs. 2) kommen in Ungarn diese Bestimmungen auch im Falle des Concurses des Principals zur Anwendung. — Auf den Ortsgebrauch kommt es im Falle des Art. 61 H. G. B. nicht an, der bezügliche Passus des preuß. Entwurfes wurde in erster Lesung gestrichen, „um dem H. G. B. überall seine Wirksamkeit zu sichern, wo nicht etwas anderes vertragsmäßig feststeht." Protokolle S. 101. Anders Adler-Clemens I. Nr. 34, wo auf Ortsgebrauch Rücksicht genommen wird.

Außerdem kann die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit aus wichtigen Gründen von jedem Theile verlangt werden; die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe bleibt dem Ermessen des Richters überlassen (Art. 62).[17]) Als solche wichtige Gründe erwähnt das Handelsgesetzbuch: 1. dem Principal gegenüber in Art. 63[18]): a) Vorenthaltung des Gehaltes oder Unterhaltes des Gehilfen, b) thätliche Mißhandlung und schwere Ehrverletzungen gegen den Handlungsdiener; 2. dem Handlungsdiener gegenüber in Art. 64[19]): a) Untreue und Vertrauensmißbrauch[20]), b) Handelsbetrieb des Handlungsdieners für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten ohne Einwilligung des Principals[21]), c) Dienstweigerung und erhebliche Dienstunterbrechung ohne rechtmäßigen Hinderungsgrund[22]), d) anhaltende Krankheit oder Kränklichkeit, e) längere Freiheitsstrafe, f) längere Abwesenheit, g) thätliche Mißhandlungen oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Principal[23]), h) unsittlichen Lebenswandel.

Diese vom Gesetze gegebene Aufzählung wichtiger Gründe soll aber weder erschöpfend[24]) noch für den Richter in der Art bindend sein, daß

---

17) Ebenso bosn. H. G. §. 61; im ung. H. G. B. findet sich eine analoge Bestimmung nicht.

18) Ung. H. G. §. 58; bosn. §. 62; in beiden Gesetzen tritt zu zwei Fällen des Art. 63 H. G. B. noch ein dritter Fall hinzu: „wenn durch Fortsetzung des Dienstverhältnisses die Gesundheit oder das Leben des Handlungsgehilfen wegen solcher Umstände gefährdet erscheint, welche bei Abschluß des Vertrages nicht offenbar waren." Auch bestimmen beide Gesetze ausdrücklich, daß in allen diesen Fällen die Ansprüche des Handlungsgehilfen auf Gehalt und Unterhalt für die ganze Dauer der Kündigungsfrist gelten. — Letzteres gilt auch in Oesterreich (obstg. E. in Geller's C. Bl. f. jurist. Praxis. III. Nr. 116).

19) Ung. H. G. §. 59; bosn. §. 63; welche im Großen und Ganzen ähnliche Gründe anführen; vgl. für das deutsche H. R. insbesondere Behrend, H. R. I. §. 46, Zusatz; Staub, Comm. zu Art. 64. Ein später eingetretenes Ereigniß, das an sich einen Entlassungsgrund bildet, kann geltend gemacht werden, auf daß eine unrechtmäßige Kündigung von diesem Zeitpunkte an zu einer rechtmäßigen wird (R. G. E. in Geller's C. Bl. f. jur. Pr. IV. Nr. 275). Jedoch ist es nicht zulässig, einen erst später bekannt gewordenen rechtmäßigen Grund einer vorher unrechtmäßigen Kündigung nachträglich unterzulegen (obstg. E. bei Geller III. Nr. 50).

20) Z. B. heimliche Werbung um Vertretungen bei Geschäftsfreunden des Principals (obstg. E. Adler-Clemens IV. Nr. 734), unbefugtes Eröffnen von Briefen (Busch Arch. XXI. S. 349), Verrath von Geschäftsgeheimnissen (R. O. H. G. XIX. S. 115) u. a. m.

21) Nur Separatgeschäfte erheblichen Umfanges (R. O. H. G. XVI. S. 290), nicht geringfügige Uebertretungen des Verbotes (R. O. H. G. XIX. S. 115).

22) So durch Vereitelung der vom Geschäftsführer getroffenen Anordnungen (östr. obst. G. H. Adler-Clemens IV. Nr. 610); nicht wegen Lässigkeit, sofern nur der Handlungsgehilfe die Dienste nicht verweigert (obstg. E. bei Geller, C. Bl. f. j. Praxis. VII. Nr. 220); rechtmäßigen Grund für Dienstversäumniß können auch religiöse Uebungen abgeben. (Staub, Comm. §. 2, Nr. 3 zu Art. 64.)

23) Es müssen wirklich erhebliche Ehrverletzungen sein, nicht bloß Arroganz (obstg. E. bei Geller, C. Bl. f. j. Pr. VII. Nr. 220), auch ohne strafgerichtl. Qualification (Adler-Clemens IV. Nr. 552); auch Beleidigung der Frau oder der Verwandten des Principals (Entsch. in Busch's Arch. IX. S. 380); vgl. Ackermann ebenda XI. S. 182 ff.

24) Weitere Gründe z. B. mangelhafte Schulbildung (Ztschr. f. H. R. XIV. S. 541), Irrthum in Betreff der Unbescholtenheit des Handlungsgehilfen (Ztschr. f. H. R. VIII. S. 171), zerrüttete Vermögensverhältnisse des Principals (R. G.

er in diesen Fällen unter allen Umständen die Vertragsauflösung aussprechen müßte.[25])

Auch bei Auflösung des Dienstverhältnisses sind die polizeilichen Meldungsvorschriften zu beobachten (Gew. O. §. 103).

IV. Streitigkeiten zwischen dem Principal und Handlungsdiener aus dem Dienstverhältnisse gehören, wenn der Principal einer Genossenschaft angehört, vor das Forum des Genossenschaftsvorstandes, sonst vor die politische Behörde, jedoch müssen die diesbezüglichen Klagen binnen 30 Tagen nach Aufhören des Dienstverhältnisses vorgebracht werden, widrigenfalls sie vor dem ordentlichen Richter einzubringen wären (§. 102 Gew. O.). Die Erkenntnisse der Genossenschaftsvorstehung sind im Verwaltungswege exequirbar, und es steht den Betheiligten gegen dieselben binnen 8 Tagen die Berufung an die politische Behörde offen, ohne daß aber dadurch der vorläufige Vollzug des Erkenntnisses aufgehalten würde (Gew. O. §. 102). Was im Handelsgesetzbuch rücksichtlich des richterlichen Ermessens bestimmt ist, gilt in diesen Fällen auch für die Genossenschaftsvorstehung sowie für die politische Behörde.

§. 43.

3. Der Handlungslehrling.

I. Die oben (§. 40) für die Handlungsdiener dargelegten Grundsätze gelten im Allgemeinen auch für die zweite Kategorie der Handlungsgehilfen, die Handlungslehrlinge. Abweichungen hievon, die im Folgenden besprochen werden sollen, ergeben sich aus der Verschiedenheit der Stellung des Principals gegenüber dem Handlungsdiener und gegenüber dem Handlungslehrlinge, welche letztere nicht nur durch rechtliche, sondern auch durch sittliche Rücksichten bestimmt wird, sowie aus dem Zwecke des Lehrvertrages für den Lehrling, der im Geschäfte des Principals seinen künftigen Beruf erlernen und sich für denselben heranbilden will.

II. Das gegenseitige rechtliche und sittliche Verhältniß zwischen Principal (Lehrherrn) und Handlungslehrling bestimmt sich in erster Linie nach dem Lehrvertrage. Dieser muß, wenn es sich um die Aufnahme eines minderjährigen Lehrlings handelt, die Bedingungen der Aufnahme und Behandlung und insbesondere die Dauer der Lehrzeit festsetzen und, wenn der Lehrherr einer Genossenschaft angehört, vor deren Vorstand, sonst vor der Gemeindevorstehung abgeschlossen und daselbst aufbewahrt werden (§. 90 Gew. O.).[1]) Im Uebrigen gelten hier die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes rücksichtlich der Vertragsfähigkeit.

II. In dem Lehrvertrage übernimmt der Lehrherr die Pflicht und Aufgabe, den Lehrling zur Leistung von Diensten heranzuziehen und

---

XII. S. 102 ff.), Annahme von Provision von den Kunden des Principals (Erk. in G. H. Nr. 24 v. 1893) u. a. m. (vgl. Behrend, H. R. I. §. 46 Zusatz; Staub, Comm. §. 3 zu Art. 64); vgl. auch Macco in Busch's Arch. III. S. 248 ff.

25) Prot. S. 469, 4519.

1) Vgl. Deutsche R. G. O. §§. 105 ff. Für Verträge über die Aufnahme von Lehrlingen zum Zwecke der Unterweisung oder bloß Verköstigung gegen dessen Dienste ist in Oesterreich ein Stempel

diesem so Gelegenheit zu bieten, sich für seinen künftigen Beruf auszubilden, wogegen andererseits der Lehrling verpflichtet ist, sich dem Lehrherrn zur Verfügung zu stellen. Außerdem kann aber der Lehrvertrag noch andere Bestimmungen enthalten, so über die allfällige Probezeit, während welcher jeder der beiden Theile nach Belieben zurücktreten kann, die aber nicht länger als zwei Monate sein darf (§. 91 Gew. O.)[2]), sowie über die Dauer des Lehrverhältnisses, die aber nicht über die ortsübliche längste Dauer der Lehrzeit ausgedehnt werden darf (Art. 61 H. G. B.)[3]), über das etwaige Lehrgeld, welches der Lehrling dem Lehrherrn als Entgelt für die Erlernung des Gewerbes zu zahlen hat, über Unterhalt und Wohnung des Lehrlings u. ä. (§. 92 Gew. O.). Die Art der Dienstesverwendung des Lehrlings bestimmt der Lehrherr (§. 93 Gew. O.); jedoch soll dies in einer dem Zwecke des Lehrverhältnisses entsprechenden Weise und bei Handelslehrlingen im Sinne des Handelsgesetzbuches nur zu kaufmännischen Diensten geschehen; dem Lehrling soll Zeit und Gelegenheit gegeben sein zur gewerblichen Ausbildung, dem minderjährigen Lehrling Zeit und Gelegenheit zur Erfüllung seiner religiösen Pflichten, zum Besuche des gesetzlich vorgeschriebenen Unterrichtes, bezw. zum Besuche gewerblicher Fachschulen, wo solche für Lehrlinge bestehen (§. 95 Gew. O.). Aber nicht nur Zeit und Gelegenheit hiezu soll der Lehrherr dem Lehrling geben, sondern es ist geradezu seine Pflicht, für die religiös-sittliche Erziehung des Lehrlings zu sorgen[4]), indem er diesen zur Erfüllung der religiösen Pflichten, zum Besuche des gesetzlich vorgeschriebenen Unterrichtes bezw. der gewerblichen Fachschule anhält. Dieses erziehliche Moment in der Stellung des Lehrherrn, das einerseits den Lehrling unter dessen Schutz und Obsorge stellt (s. obcit. §. 93 Gew. O.) und andererseits dem Lehrherrn eine Disciplinargewalt (sogar ein mäßiges Züchtigungsrecht) über den Lehrling gewährt, hebt aber die väterliche Gewalt keineswegs auf, und nach obcit. §. 95 Gew. O. ist der Lehrherr im Falle der Erkrankung oder des Entlaufens eines minderjährigen Lehrlings oder bei anderen wichtigen Vorkommnissen, welche die Dazwischenkunft der Eltern, Vormünder oder sonstiger Angehörigen des Lehrlings erheischen, verpflichtet, diese zu benachrichtigen. Der Lehrling ist wie jeder Handlungsgehilfe dem Lehrherrn zu Folgsamkeit, Treue, Fleiß, anständigem Betragen, Verschwiegenheit verpflichtet (s. obcit. §. 93 Gew. O.). Lehrlinge, die in der Hausgenossenschaft des Lehrherrn leben, haben im Erkrankungsfalle auf die gleiche Hilfe Anspruch, wie die Dienstboten von ihrem Dienstherrn beanspruchen können (§. 94 Gew. O.). Rücksichtlich der Bevollmächtigung des Handlungslehrlings bezw. des Ueber-

---

von 50 kr. per Bogen erforderlich, bei noch anderen Bedingnissen ein classenmäßiger Stempel nach der Summe des Lohnes während der ganzen Lehrzeit.

2) Die Bestimmungen der deutschen R. Gew. O. vom 1. Juli 1883 über Lehrlinge (§§. 105—133) finden auf Lehrlinge in Apotheken und Handelsgeschäften keine Anwendung (§. 154).

3) Ung. H. G. §. 57; bosn. §. 60.

4) Näheres siehe Staatsmin. Erl. v. 6. Febr. 1860, Z. 1524, und 5. Juni 1863, Z. 2458 (Manz'sche Gesetzesausg. bei §. 95 Gew. O.).

tretens etwaiger Vollmacht und des Handelns ohne Vollmacht, sowie rücksichtlich des unbefugten Gewerbebetriebes, ferner rücksichtlich der Behandlung des Lehrlings und der Beobachtung der polizeilichen Meldungsvorschriften, gilt das oben (§. 42) über die Handlungsdiener Gesagte. Das Lehrzeugniß, das dem Lehrling auf Verlangen auszustellen ist, soll die Länge der zugebrachten Lehrzeit, das Verhalten des Lehrlings während derselben und dessen Ausbildung im Gewerbe bezeugen (§. 100 Gew. O.). Wer wissentlich einen entwichenen Lehrling aufnimmt, macht sich strafbar und haftet dem vorigen Lehrherrn für den ihm durch die Entweichung des Lehrlings entstandenen Schaden nach Maßgabe des §. 1302 a. b. G. B., d. i. solidarisch mit dem Lehrlinge auf das Ganze.

III. Die Auflösung des Lehrverhältnisses erfolgt im Allgemeinen durch die oben (§. 42, III) für die Auflösung des Dienstverhältnisses der Handlungsdiener angegebenen Gründe. Nur gelten folgende Modificationen: die Kündigung seitens des Lehrlings ist eine nur 14tägige, wenn dieser seinen Beruf ändert oder zu einem anderen Gewerbe übergeht, oder wenn er durch Aushaltung der ganzen Lehrzeit verhindert wäre, von einer sich ihm darbietenden Versorgung Gebrauch zu machen, oder wenn er zur Pflege seiner Eltern oder Führung ihrer Wirthschaft oder ihres Gewerbes benöthigt wird (§. 97 Gew. O.); das Lehrverhältniß endigt aber nicht nur durch dauernde Unfähigkeit und Tod des Lehrlings, sondern auch durch Unfähigkeit des Lehrherrn, die eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen, sowie durch dessen Tod (§. 98 Gew. O.). Die vom Lehrherrn übernommene Verpflichtung geht hier nicht auf dessen Erben über, zumal ja mit Rücksicht auf die erziehliche Gewalt des Lehrherrn gerade die persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Principals bei Eingehung des Lehrvertrages eine bedeutende Rolle spielten.

Rücksichtlich der Meldung des Austrittes des Lehrlings gilt auch hier das oben für den Handlungsdiener Gesagte.

IV. Ebenso gelten die oben (§. 42, IV) aufgestellten Grundsätze bezüglich der Streitigkeiten zwischen Principal und Handlungsdiener auch für Streitigkeiten zwischen dem Principal und seinen Lehrlingen.

§. 44.

V. Vermittelungspersonen im Handel.[1])

1. Allgemeines.

I. In gewissem Sinne auch als Hilfspersonen, aber doch selbständig treten jene Personen auf, welche es sich zur Aufgabe stellen, den Abschluß von Geschäften unter Dritten herbeizuführen, die Vermittler (Mäkler, Unterhändler, Zwischenträger). Insoferne nun mit Hilfe der Vermittler Geschäfte abgeschlossen werden, die sonst vielleicht gar nicht

1) Literatur: Gad, H. R. §. 20; Endemann, H. R. §. 189; Grünhut in Endemann's Handb. III. §. 308; Laband in Ztschr. f. deutsches Recht XX. S. 1 ff.; Grünhut, Ztschr. f. Priv.- u. öff. R. II. S. 535 ff.; Keyßner in Geller's C. Bl. f. jur. Praxis. II. S. 705 ff.

zu Stande kämen, insoferne die Vermittler oder Mäkler zwei Contrahenten zusammenbringen und zwischen ihnen unterhandeln und ausgleichen, bis das Geschäft zu Stande kommt, ist ihre Thätigkeit „ein nothwendiges Hilfselement des Handelsverkehrs“ [2]), und erscheinen sie selbst als Hilfspersonen im Handel. Indem aber diese Thätigkeit als ein eigenes selbständiges Gewerbe erscheint, so sind die Mäkler oder Vermittler wieder selbständige Personen im Handel. Sie handeln selbständig zum Vortheile Anderer und ihrer selbst, denn der Abschluß des Geschäftes der Anderen bringt den Mäklern Lohn. Die Thätigkeit der Mäkler ist nun lediglich eine vermittelnde; sie treten nicht als Contrahenten, weder in eigenem Namen, noch für Rechnung oder im Namen eines Anderen, sondern lediglich als Werkzeuge Anderer auf, die durch die Hilfe der Mäkler Geschäfte abschließen wollen. Dies ist ein Hauptunterscheidungsmerkmal des Mäklers vom Agenten und Commissionär. „Hat der Mäkler die Parteien zu einander in Beziehungen gesetzt und einander gegenüber gestellt, hat er die Uebereinstimmung ihres Willens herbeigeführt und constatirt, hat er also bewirkt, daß die Parteien mit einander contrahiren, so ist seine eigentliche Berufsthätigkeit zu Ende“. [3]) Die Mäkler sind aber auch nicht einfache Boten, das Ueberbringen von Erklärungen allein ist noch nicht Vermitteln. Der Mäkler kann allerdings in die Lage kommen Botendienste zu verrichten, allein diese erschöpfen seine Thätigkeit nicht. Die Bedeutung der Mäklerthätigkeit besteht insbesondere darin, daß das Publicum, auch das ortsunkundige, die Gelegenheiten zu Geschäftsabschlüssen erfahre, daß diese erleichtert und beschleunigt werden, daß die Erforschungen nach der Creditwürdigkeit des anderen Contrahenten erspart werden, daß bleibende Beweismittel für die Geschäftsabschlüsse und Aufzeichnungen über Preise, Curse (Mäklerbücher, Schlußnoten) geschaffen werden, und endlich, daß unter Umständen die Namen der Contrahenten geheim gehalten werden können.

II. Die Vortheile, welche die Vermittlerdienste des Mäklers dem handeltreibenden Publicum gewähren, haben die Geschäftsvermittelung schon im Alterthum als selbständige gewerbemäßige freie Thätigkeit auftreten lassen. [4]) Im Mittelalter übte auch hier das Zunftwesen seinen Einfluß und machte das Mäklergewerbe zu einer ausschließlichen Befugniß bestimmter angestellter, beeideter Personen, denen zuweilen Beamtenqualität zukam. Rechte und Pflichten der Mäkler wurden genau bestimmt, ja sogar Strafen für den Fall der Nichterfüllung der Pflichten angedroht. Im Allgemeinen war dies auch der Standpunkt der deutschen Particulargesetzgebungen vor dem Handelsgesetzbuch.

III. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch bezw. das in Oesterreich an Stelle des VII. Titels desselben getretene das H. G. B. abändernde Gesetz vom 4. April 1875, Nr. 68 R. G. Bl. [5]), steht auf dem

2) Grünhut in Endemann's Handb. III. §. 308 (S. 132).

3) Grünhut in Endemann's Handb. III. §. 308 (S. 133).

4) Zur Geschichte des Mäklergewerbes siehe insbesondere Laband in Ztschr. f. deutsches R. XX. S. 13 ff.

5) In Ungarn und Bosnien bildet

Standpunkte der amtlich bestellten Mäkler, die es einfach als Handelsmäkler (Sensale) bezeichnet, neben welchen es aber auch Privatmäkler zuläßt. Jedoch wahrt das Handelsgesetzbuch den Einzelngesetzgebungen das Recht, ein ausschließliches Mäklergewerbe, ein Mäklermonopol zu statuiren. Hievon hat die österreichische Gesetzgebung in dem Börsengesetze vom 1. April 1875, Nr. 67 R. G. Bl., bezüglich des Börseverkehrs Gebrauch gemacht. Da den Handelsmäklern verboten ist, für eigene Rechnung Handelsgeschäfte zu betreiben (Art. 69 Z. 1)[6], so können Handelsmäkler (amtlich bestellte Mäkler) niemals Kaufleute im Sinne des Art. 4 H. G. B.[7]) werden, während Privathandelsmäkler bei gewerbsmäßigem Betriebe Kaufleute sind (Art. 272 Abs. 1 Z. 4)[8]), bezw. solche Vermittlungsgeschäfte auch dann als Handelsgeschäfte gelten, wenn sie einzeln von einem Kaufmanne im Betrieb seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden (Art. 272 Abs. 2).[9]) Nähere Bestimmungen enthält aber das Handelsgesetzbuch nur über die (amtlich bestellten) Handelsmäkler. Bezüglich der Privathandelsmäkler können diese Bestimmungen nur soweit Anwendung finden, als sie nicht die Amtsstellung derselben betreffen.[10]) Insoweit die Privathandelsmäklergeschäfte Handelsgeschäfte sind, kommen auf sie die Handelsrechtsquellen in Anwendung, insoweit sie keine Handelsgeschäfte sind, fallen sie dem bürgerlichen Rechte als dem allgemeinen originären Rechte zu. Hier ist nur auf die amtlichen Mäkler näher einzugehen.

§. 45.

2. Die amtlich bestellten Handelsmäkler.[1])

I. Die österreichische Gesetzgebung hat von dem Vorbehalte des Art. 84 H. G. B. zu Gunsten der Landesgesetzgebungen bezüglich der Anstellung der Handelsmäkler im Gesetz vom 4. April 1875 Gebrauch gemacht.[2]) Hienach ist in Oesterreich zur Erlangung einer Handels-

---

das Mäklerwesen als „Mäklergeschäft" den 9. Titel des 2. Theiles des H. G. B. (in Ungarn §§. 534—548; in Bosnien §§. 447—461). Die genannten Gesetzestitel enthalten eine viel weniger umfassende Regelung des Mäklergewerbes als das österreichische und das deutsche Gesetz.

6) Dasselbe gilt in Deutschland (Art. 69 Z. 1 H. G. B.).

7) §. 3 des ung. und des bosn. H. G.

8) Ung. H. G. §. 259 Abs. 1 Z. 7; bosn. §. 283 Abs. 1 Z. 7.

9) Ung. H. B. §. 259 Abs. 2; bosn. §. 283 Abs. 2.

10) Behrend, H. R. I. §. 59; vgl. bes. Goldschmidt, Gutachten über den Entwurf des H. G. B. S. 44 ff.; v. Hahn, Comm. I. Zus. 2 zum 7. Titel des 1. Buches; Grünhut in Endemann's Handb. III. §. 311; Goldschmidt, Syst. des H. R. (4. Aufl.) §. 38; Puchelt in Busch Arch. XIII. S. 403 ff.; Eyber in Gruchot Beitr. XIII. S. 386; Riesenfeld ebenda XXXVI. S. 790 ff., XXXVII. S. 27 ff., 257 ff., 530 ff., 814 ff.; Neubauer im Arch. f. bürg. R. VI. S. 1 ff. (auch sep.).

1) Literatur außer den Commentaren zum H. G. B.: Grünhut in Endemann's Handb. III. §§. 309 und 310; und in Ztschr. f. Privat- u. öff. R. II. S. 535 u. ff. Geschichtliches bei Goldschmidt, Universalg. d. H. R. I. S. 250 ff.; in Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 115 ff.; Ehrenberg ebenda XXX. S. 403 ff.; Schaper in Gruchot Beitr. XXII. S. 669 ff.

2) Bezüglich Ungarns und Bosniens siehe oben §. 44 Note 5.

mäklerstelle die österreichische Staatsbürgerschaft, das vollendete 24. Lebensjahr, unbescholtener Lebenswandel, freie Vermögensverwaltung und Ablegung der Handelsmäklerprüfung mit gutem Erfolge nothwendig (Art. 84 Z. I. in der Fassung des obcit. Ges.).[3]) Diese Prüfung ist, je nachdem die Befähigung für eine Handelsmäklerstelle an einer bestehenden Börse oder für andere Handelsmäklerstellen angestrebt wird, bei der betreffenden Börseleitung unter Vorsitz des Börsencommissärs bezw. bei der Handels- und Gewerbekammer unter Vorsitz eines Rathes des am Sitze der Kammer befindlichen Handelsgerichtes oder eventuell des Gerichtshofes erster Instanz oder, wo ein solcher nicht ist, des Bezirksrichters abzulegen (Art. 84 Z. II. Mäklergesetz). Die Ernennung des Mäklers erfolgt in ersterem Falle durch die Börseleitung, sonst von der Handelskammer des betreffenden Bezirkes nach Maßgabe des Bedarfs und unterliegt in jedem Falle der Bestätigung durch die politische Landesbehörde, die auch das Bestellungsdecret ausstellt, welches den Ort oder Bezirk, für den er bestellt ist, und wo er sich aufzuhalten hat, und den Umfang seiner Bestellung zu enthalten hat (Art. 84, Z. II. III. IV.). Der Mäkler kann im Allgemeinen für alle oder speciell nur für einzelne Arten von Mäklergeschäften bestellt werden (Art. 68).[4]) Der Besetzung einer Mäklerstelle hat die Ausschreibung und Kundmachung eines diesbezüglichen Concurses in der Landeszeitung und bei Börsenmäklern auch der Anschlag des Concurses an der Börse seitens der zur Ernennung competenten Börseleitung bezw. Handels- und Gewerbekammer vorauszugehen (Art. 84 Z. III.). Nach erfolgter Ernennung leistet der Mäkler bei der politischen Landesbehörde den Amtseid, daß er die ihm obliegenden Pflichten getreu erfüllen will (Art. 84 Z. IV. und Art. 66)[5]), worauf Ernennung und Beeidigung in der amtlichen Landeszeitung veröffentlicht und der Handelskammer und den Handelsgremien eventuell auch dem Handelsmäklergremium, wo ein solches existirt (Art. 84a), mitgetheilt wird (Art. 84 Z. VI).

II. In seinem Eide gelobt der Mäkler getreue Erfüllung seiner Pflichten. Diese sind nun theils allgemeine, theils besondere. Im Allgemeinen sind die Handelsmäkler verpflichtet, die ihnen anvertrauten Geschäfte mit Fleiß, Vorsicht, Genauigkeit, Treue und Redlichkeit zu besorgen und Alles zu vermeiden, was das Vertrauen in ihre Unparteilichkeit und in die Glaubwürdigkeit der von ihnen ausgehenden Ur-

---

3) Das ung. und bosn. H. G. B. enthalten keine Bestimmungen über die Anstellung der Mäkler; das deutsche H. G. B. (Art. 84) überläßt dies den Landesgesetzen.

4) Das deutsche H. G. B. enthält nur den ersten Absatz des Art. 68 nach österr. Fassung. Durch Abs. 2 des Art. 68 östr. Fassung sollte jeder Zweifel behoben werden, als ob das Mäklerinstitut nur für die Zwecke des Börsenverkehrs bestünde.

5) Das östr. Gesetz enthält dem deutschen gegenüber, mit dem Abs. 1 und 2 des Art. 66 wörtlich übereinstimmen, noch einen Zusatz über eine eventuelle Cautionsleistung des Mäklers. Die Entscheidung hierüber steht dem Finanzministerium nach Anhörung der Börsenleitung rücksichtlich der Börsensensalen, bezw. der Handels- und Gewerbekammer rücksichtlich der anderen Mäkler zu.

kunden schwächen könnte (Art. 69 Abs. 1 des obcit. östr. Ges.)[6]) Im Besonderen aber obliegt es den Handelsmäklern:

1. ihre Mäklerverrichtungen persönlich auszuüben (Art. 69 Abs. 2 Z. 4).[7]) Jedoch ist es den Mäklern in Oesterreich gestattet, sich in ihren Mäklerfunctionen während der Börsezeit durch einen anderen Handelsmäkler vertreten zu lassen. Zu einer solchen Vertretung von mehr als acht Tagen aber ist die Bewilligung des Börsencommissärs erforderlich (Art. 69 Abs. 2 Z. 8 des östr. Ges.).[8]) Zur Uebernahme von Vermittlungsaufträgen — nicht aber zur Abschließung der Geschäfte — dürfen sich die Handelsmäkler in Oesterreich jedoch unter ihrer persönlichen Verantwortlichkeit eines Gehilfen bedienen (Art. 69 Abs. 2 Z. 4).[9]) Die Handelsmäkler sind sohin in der Regel zu persönlichem Verkehre mit den Contrahenten, zwischen welchen sie vermitteln, verpflichtet. Sie dürfen weder briefliche noch telegraphische Aufträge von Personen außerhalb des Ortes, für den sie bestellt sind, übernehmen. Bei ihnen nicht persönlich bekannten Personen müssen sich die Mäkler vorher von deren Identität überzeugen, sowie sie auch für Personen von bekannter Insolvenz oder von solchen, deren Unfähigkeit, bindende Verpflichtungen einzugehen, ihnen bekannt ist, keine Aufträge übernehmen dürfen (Art. 69 Abs. 2 Z. 6).[10]

2. Ferner sind die Mäkler zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse verpflichtet, soweit nicht Parteienwille oder Geschäftsnatur das Gegentheil verlangt (Art. 68 Abs. 2 Z. 5).[11]) Diese Verschwiegenheit erstreckt sich jedoch nicht auf die Namen der Parteien. Jedoch ist der Mäkler — unbeschadet der Giltigkeit des abgeschlossenen Geschäftes — nach österreichischem Rechte zur Verschweigung des Namens seines Auftraggebers dann — aber auch nur dann — berechtigt, wenn er von diesem angemessene Deckung erhalten hat oder mit voller Beruhigung erwarten kann. Die in diesem Falle des anonymen Geschäftsabschlusses gestellte Voraussetzung der empfangenen Deckung bezw. der Creditwürdigkeit des Auftraggebers bringt es von selbst mit sich, daß der Mäkler in diesem Falle demjenigen, mit dem er dieses Geschäft abgeschlossen hat, für jeden aus der nicht vollen Creditwürdigkeit erwachsenden Schaden haftet (Art. 69 a des cit. östr. Ges.); außerdem kann der Mäkler in einem solchen Falle wegen nicht verschaffter Deckung auch seines Amtes entsetzt werden (Art. 84 c Z. II. lit. e östr. Ges.). Unter Deckung ist hier nicht nur gerade die Leistung des Schuldgegenstandes zu verstehen, sondern überhaupt Werthsachen jeder Art, sofern nur aus ihrem Erlöse der zu leistende Gegenstand selbst oder

6) Dieser 1. Absatz des Art. 69 nach östr. Fassung fehlt im deutschen R. H. G. B. Art. 69. Er ist conform dem §. 28 des Gesetzes über die Wiener Geldbörse und §. 22 Ges. über Waarenbörsen und Waarensensalen.

7) Gleichlautend deutsches H. G. B. Art. 69 Z. 4, mit Ausnahme des Schlußsatzes im östr. Ges. Art. 69 Z. 4.

8) Fehlt im deutschen H. G. B.

9) Dieser Schlußsatz fehlt im deutschen H. G. B. Art. 69 Z 4.

10) Ebenso deutsches H. G. B. Art. 69 Z. 6. Vgl. Zimmermann in Busch, Arch. VI. S. 202 ff.

11) Ebenso deutsches R. H. G. B. Art. 69 Z. 5.

die zur Zahlung nothwendige Summe verschafft werden kann.[12]) Diese Deckung ist aber ihrer rechtlichen Natur nach nicht etwa als ein Pfand zur Sicherung einer Forderung anzusehen, denn der Mäkler, der niemals contrahirt, sondern nur den Geschäftsabschluß vermittelt und beurkundet, steht seinem Auftraggeber niemals als Gläubiger bei dem Geschäftsabschlusse gegenüber.[13]) Die Deckungsleistung wird vielmehr aufgefaßt als eine anticipirte Erfüllung des durch den Mäkler zum Abschluß zu bringenden Geschäftes, entweder als wirkliche Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt, je nachdem der Schuldgegenstand selbst (voll) als Deckung gegeben wird oder die Deckung mit dem Erfüllungsgegenstande nicht identisch oder nicht übereinstimmend erscheint. In der Deckungsleistung liegt der Auftrag an den Mäkler, sich dieser Deckung eventuell bei Erfüllung des Vertrages zu bedienen, was wieder nur eine rein factische Dienstleistung des Mäklers ist.

3. Der Mäkler ist — bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen — verpflichtet, seine Dienste den sie Begehrenden zu leihen, insbesondere der Börsenmäkler in Oesterreich zufolge des ihm zustehenden Monopols. Eine ungerechtfertige Weigerung erscheint als Verschulden des Mäklers, der in einem solchen Falle schadenersatzpflichtig wird (Art. 81 östr. Mäklergeſ.).[14])

4. Zu den wichtigsten Pflichten des Handelsmäklers gehört die Buchführung. Jeder Mäkler ist verpflichtet, außer seinem Handbuche auch noch ein Tagebuch (Journal) zu führen (Art. 71).[15]) Dieses Tagebuch wird vor dem Gebrauche Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen bezeichnet und amtlich mit dem Namen des Mäklers und der Zahl der Blätter unter Beisetzung des Datums beglaubigt. Einzutragen sind alle abgeschlossenen Geschäfte u. z. täglich unter Angabe der Namen der Contrahenten, der Zeit des Geschäftsabschlusses, des Gegenstandes und der Bedingungen des Geschäftes, insbesondere des Preises, der Lieferungszeit, der Qualität und Quantität der Waaren, an Börseorten auch noch mit der Angabe, ob das Geschäft in oder außer der Börse abgeschlossen wurde (Art. 72 Abs. 1)[16]), sowie auf Begehren der Parteien die eventuelle

---

12) Grünhut in Endemann's Handb. III. §. 310 (Z. 5).

13) Vgl. Grünhut in Endemann's Handb. III. §. 310 Z. 5.

14) Ebenso deutsches R. H. G. B. Art. 81; Vgl. ung. H. G. B. §. 545; bosn. §. 458. — Rücksichtlich des Schadenersatzes siehe §. 1295 a. b. G. B.

15) Art. 71 österr. Fassung blieb fast gleichlautend dem Art. 71 deutsches R. H. G. B., nur ausführlicher rücksichtlich der Details. Zum Schlusse enthält die östr. Gesetzesbestimmung noch die Anordnung, daß das vollgeschriebene Tagebuch der competenten Behörde (Börsecommissär, bezw. Handels- und Gewerbekammer) vorzulegen ist, die es nach erfolgter Vidirung dem Mäkler zurückzustellen hat. — §. 536 des ung. und §. 449 bosn. H. G. B. sind fast gleichlautend mit Art. 71 d. R. H. G. B., nur sprechen beide Gesetze noch ausdrücklich aus, daß der ausschließlich nur die Vermittelung von Handelsgeschäften betreibende Mäkler außer dem Tagebuche keine anderen Bücher zu führen brauche, weshalb auch beide Gesetze im 1. Absatze des angeführten Paragraphen das im österreichischen und deutschen Gesetze erwähnte Handbuch nicht erwähnen.

16) Aehnlich deutsches H. G. B. Art. 72 Abs. 1; dann ung. §. 537; bosn. §. 450.

Aufhebung der Geschäfte durch mutuus dissensus (Art. 72 Abs. 2 östr. Fassung). Die Eintragungen müssen in Oesterreich in einer bei den Gerichten des Ortes zulässigen, d. i. in landesüblicher Sprache geschehen (Art. 72 Abs. 3 östr. Mäklerges., §. 29 Einf. Ges. im Zusammenhang mit §. 13 der östr. allg. Ger. Ordnung).[17]) Ordnungsmäßig geführte Tagebücher liefern in der Regel Beweis fur den Abschluß des Geschäftes und dessen Inhalt, wobei dem richterlichen Ermessen freier Spielraum gelassen ist. (Art. 77, 78 östr. Mäklerges.) Wissentlich unrichtige Eintragungen können nach dem österreichischen Gesetze (Art. 84c Z. II. lit. d) gleichwie wissentlich unrichtige Angaben und Bestätigungen bei den Geschäften für den betreffenden Mäkler die Entsetzung vom Amte zur Folge haben.

Den Parteien, zwischen welchen der Mäkler vermittelt, steht nach Art. 79 Abs. 1 des östr. Ges.[18]) bezüglich ihres Geschäftes das Recht auf Einsichtnahme in das Tagebuch zu, Dritten aber darf die Einsicht des Tagebuches in eben dieser Weise nur in Folge amtlicher Aufträge oder mit Zustimmung der Parteien gestattet werden (Art. 76, Abs. 4 des östr. Ges.).[19]) Im Laufe eines Rechtsstreites kann der Richter, auch ohne Antrag einer Partei, die Vorlegung des Tagebuches behufs Einsichtnahme oder Vergleich mit Auszügen, Schlußnoten (s. unten Nr. 5) oder anderen Beweismitteln, anordnen. Im Falle die vorzulegenden Tagebücher an einem Orte eines anderen Gerichtssprengels sich befinden, muß zufolge analoger Anwendung der diesbezüglichen Bestimmungen für Handelsbücher das Proceßgericht jenes andere Gericht mittelst Requisitionsschreibens ersuchen, sich die Bücher vorlegen zu lassen und ihm einen beglaubigten Auszug mit dem Verhandlungsprotokoll zu übersenden (Art. 79 nach östr. Ges.).[20])

Der Handelsmäkler ist unbeschadet seines Rechtes, im Falle empfangener angemessener Deckung den Namen des Auftraggebers zu verschweigen (Art. 69a), verpflichtet, den Parteien jederzeit auf Verlangen beglaubigte Auszüge aus dem Tagebuche zu geben, die Alles enthalten müssen, was in Ansehung des die beiden Parteien angehenden Geschäftes eingetragen ist (Art. 74).[21]) Dritten Personen kann der Mäkler Auszüge nur zufolge eines amtlichen Auftrages oder mit Zustimmung der betreffenden Parteien ausstellen (Art. 76 Abs. 4 in östr. Fassung).[22])

---

17) Nach Art. 72 d. R. H. G. B. in deutscher Sprache. Das ung. und bosn. H. G. B. enthalten keine Bestimmungen rücksichtlich der Sprache, in der das Tagebuch zu verfassen ist.

18) Ebenso Art. 79 d. R. H. G. B.; vgl. Ung. H. G. §. 543; bosn. §. 456.

19) Ebenso ung. H. G. §. 539; bosn. §. 452. — In Deutschland sind Art. 77 und 78 H. G. B. durch §. 13 Z. 2 Einf. Ges. z. C. Pr. O. aufgehoben.

20) Ung. H. G. §. 543, bosn. §. 456 allegiren die Vorschriften für die Handelsbücher nur rücksichtlich der Ordnungsstrafen bei Unterlassung der Vorlage. — In Deutschland ward Abs. 2 des Art. 79 H. G. B. durch §. 13, Z. 2, Einf. Ges. z. C. Pr. O. aufgehoben und durch §. 399 C. Pr. O. (Urkunden-Edition) ersetzt.

21) Prot. S. 132. Mit Art. 74 östr. Mäklerges. gleich Art. 74 d. R. H. G. B.; ebenso ung. H. G. B. §. 539 Abs. 1, bosn. §. 452 Abs. 1. Die Bezugnahme auf Art. 69a, der in diesen drei Gesetzen nicht vertreten ist, entfällt selbstverständlich.

22) Fehlt in Art. 76 d. R. H. G. B.;

5. Nach Abschluß eines jeden Geschäftes muß der Mäkler nach Art. 73[23]) ohne Verzug jeder Partei eine von ihm selbst unterzeichnete mit der Zahl, unter der das Geschäft im Tagebuch eingetragen ist, versehene Schlußnote, welche die in das Tagebuch einzutragenden Thatsachen enthalten muß, ausstellen, wobei es gleichgiltig ist, ob die einzelnen Daten zuerst in das Tagebuch oder in die Schlußnote eingetragen wurden. Da bei anonymen Geschäftsabschlüssen nach östr. Rechte die Namen der Parteien gegenseitig verschwiegen werden, so bedarf es auch nicht einer Aufnahme ihrer Namen in die Schlußnote. Bei Geschäften, welche nicht sofort erfüllt werden sollen, unterfertigt jede Partei je eine Schlußnote, wodurch sie dieselbe anerkennt, und erhält die von den Gegencontrahenten unterfertigte Note zugesendet. Falls eine Partei Annahme oder Unterzeichnung der Note verweigert, so hat der Mäkler dies ohne Verzug der Gegenpartei anzuzeigen, ohne daß jedoch die Schlußnote ihren Charakter als amtliche Bestätigung über den Geschäftsabschluß verliert. Im Falle des nach österreichischem Rechte zulässigen anonymen Geschäftsabschlusses unterfertigt der Mäkler selbst die Noten.

6. Eine ganz specielle Pflicht des Mäklers ist die der Aufbewahrung der Waarenprobe bei jedem durch ihn vermittelten Verkauf bezw. Kauf auf Probe bis zur entgiltigen Erledigung des Geschäftes, es wäre denn daß gemeinsamer Parteiwille oder Usance ihn von dieser Pflicht entbinden würden (Art. 80 in östr. Fassung).[24]) Ein Verschulden des Mäklers zieht auch hier die nach Art. 81 H. G. B. u. östr. Ges. allgemein festgestellte Pflicht zu Schadloshaltung nach sich.

III. Die Stellung der Mäkler als unparteiischer Mittelspersonen hat für dieselben außer den obenerwähnten Pflichten noch Beschränkungen rücksichtlich ihrer persönlichen Befugniß zum Abschluß von Handelsgeschäften zur Folge. Indem es Aufgabe der Mäkler ist, zwischen den Parteien unparteiisch zu vermitteln, ist ihnen Alles verwehrt, was irgendwie ihre Unparteilichkeit beeinträchtigen könnte, was irgendwie ein Interesse des Mäklers an den Geschäftsabschlüssen begründen könnte. Neben seiner berufsmäßigen vermittelnden Thätigkeit ist ihm einerseits keinerlei Theilnahme an Handelsgeschäften gestattet, und andererseits verwehrt, ein dauerndes Vertretungs-, Abhängigkeits- oder Gesellschaftsverhältniß zu Jemandem einzugehen.

a) Es sind daher dem Mäkler verwehrt sowohl der selbständige unmittelbare — wenn auch nur vereinzelte und außerhalb des Kreises seiner Berufsthätigkeit liegende — Abschluß von Geschäften, die seinerseits

---

im ung. als Abs. 2 zu §. 539, im bosn. zu §. 452 Abs. 2.

23) Mit Art. 73 östr. Mäklerges. Abs. 1, 3, 4 übereinstimmend Art. 73 d. R. H. G. B.; Vgl. ung. H. G. §. 538, bosn §. 451. — Auch hier entfallen in allen drei Gesetzen die Sonderbestimmungen des östr. Art. 73 Abs. 2 und 5 für den Fall der Geheimhaltung des Namens des Auftraggebers bei empfangener Deckung (östr. Ges. Art. 69 a).

24) Ebenso d. R. H. G. B. Art. 80; ung. §. 544, bosn. §. 457.

25) Behrend, H. R. I. §. 57 (II. 1. S. 403, 404); v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 69.

Handelsgeschäfte sind, im eigenen Namen, als auch die „mittelbare Betheiligung" an Handelsgeschäften, u. z. nicht nur als Committent, sondern unter Umständen sogar auch als Commanditist, Commanditactionär, Actionär, stiller Gesellschafter, Theilnehmer an Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften[25]) (Art. 69 Abs. 2 Z. 1 öst. Fassung).[26]) Auch dürfen sie sich nicht mit anderen Mäklern zu gemeinschaftlichem Betriebe der Mäklergeschäfte vereinigen, wohl aber unter Zustimmung der Auftraggeber einzelne Geschäfte gemeinschaftlich vermitteln (Art. 69 Abs. 2 Z. 3 östr. Fassung).[27])

b) Handelsmäkler sollen nicht Procuristen, Handlungsbevollmächtigte oder Handlungsgehilfen, noch Mitglieder des Vorstandes, Verwaltungs- oder Aufsichtsrathes einer Actien- oder Actiencommanditgesellschaft sein (Art. 69 Abs. 2 Z. 2 östr. Fassung).[28])

IV. Die Vermittlung von Geschäften ist nicht nur Pflicht, sondern auch Recht des Mäklers.

1. Insbesondere vermittelt derselbe nach dem Handelsgesetzbuche und ebenso nach dem östr. Ges. (Art. 67)[29]) für seine Auftraggeber Käufe und Verkäufe über Waaren, Schiffe, Wechsel, Münzsorten, Actien und andere Handelspapiere, Versicherungs- und Bodmereiverträge, ferner Verträge über Befrachtung und Miethe von Schiffen, sowie über Land- und Wassertransporte und andere den Handel betreffende Gegenstände. Zufolge seiner Vollmacht ist der Mäkler nach dem östr. Ges. (Art. 67 Abs. 3).[30]) auch berechtigt, das Entgelt für von ihm auszufolgende den Gegenstand der Vermittlung bildende Verkehrsgegenstände zu übernehmen, sonst aber nicht berechtigt, eine Zahlung oder eine andere im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen.

2. Als besonderes Recht des Mäklers erscheint sein Anspruch auf die Mäklergebühr (Sensarie, Courtage) (Art. 82 östr. Mäklerges.).[31]) Jedoch kann er dieses Recht unbeschadet einer Vereinbarung oder localer Normen erst nach Abschluß des unbedingten Geschäftes bezw. erst dann realisiren, wenn das bedingt abgeschlossene Geschäft ein unbedingtes geworden ist, und er seiner Verpflichtung zur Zustellung der Schlußnote nachgekommen ist, bezw. nach österreichischem Rechte auch schon dann, wenn er die Parteien nur einander bekannt gegeben hat, diese aber noch an demselben Tage abschließen (Art. 82 Abs. 2 des östr. Ges.).[32]) Auf die Erfüllung des Geschäftes kommt es in diesen Fällen nicht an.[33]) Wird der Abschluß des Geschäftes durch arglistiges Vorgehen des Auftraggebers vereitelt, so kann dieser vom Mäkler civilrechtlich verantwortlich gemacht werden.[34])

---

26) Deutsches R.H.G.B. Art. 69 Z. 1; fehlt im ung. und bosn. H. G. B.

27) D. R. H. G. B. Art. 69 Z. 3; fehlt im ung. und bosn. H. G. B.

28) D. R. H. G. B. Art. 69 Z. 2; fehlt im ung. und bosn. H. G. B.

29) D. R. H. G. B. Art. 67, entsprechend der östr. Fassung des Art. 67 Abs. 1 und 2; fehlt im ung. und bosn. H. G. B.

30) Dieser Absatz fehlt in d. R. H. G. B. Art. 67.

31) Ebenso Art. 82 d. H. G. B.; §§. 546, 547 ung. und §§. 459, 460 bosn. H. G. B.

32) Fehlt im deutschen, ung. und bosn. H. G. B.

33) Grünhut in Endemann's Handb. III. §. 310, S. 142.

34) Gareis, H. R. §. 22, S. 90.

Die Höhe der Mäklergebühr wird von der politischen Landesbehörde bestimmt, welche diesbezüglich den Börsecommissär und die Börseleitung bezw. die Handels- und Gewerbekammer und, wenn ein Gremium von Handelsmäklern besteht, auch dieses einzuvernehmen hat (Art. 82 Abs. 4 des östr. Mäklerges.)[35]) Ist unter den Parteien nichts vereinbart, wer die Mäklergebühr zu zahlen hat, so zahlt in Ermanglung örtlicher Verordnung und eines Ortsgebrauches, oder in Ermanglung besonderer Bestimmungen im Börsenstatute jede Partei die Hälfte (Art. 83).[36])

3. Den Handelsmäklern kann seitens der politischen Behörde auch das Recht ertheilt werden, öffentliche Versteigerungen der den Gegenstand der von ihnen vermittelten Geschäfte bildenden Waaren und Handelspapiere abzuhalten (Art. 70 östr. Ges. §. 29 Einf. Ges.).[37]) Den Schiffsmäklern kann gestattet werden, als Abrechner oder sonst in ortsüblicher Weise den Schiffern im Einziehen oder Vorschießen der Frachten Hilfsdienste zu leisten (Art. 70 östr. Ges. Abs. 2).[38])

V. Von der durch Art. 84 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches den Landesgesetzgebungen eingeräumten Befugniß zur Bestrafung der Mäkler, die ihre Amtspflichten verletzen, hat das östr. Mäklergesetz in Art. 84 c[39]) Gebrauch gemacht. Bloße Ordnungswidrigkeiten werden hienach vom Börsecommissär bezw. von der Handels- und Gewerbekammer mit Ordnungsstrafen u. z. einem Verweise oder mit Geldbußen von 10—100 fl. bestraft, gegen welch' letztere Strafen binnen acht Tagen Beschwerde bei der politischen Landesbehörde eingebracht werden kann, Dienstvergehen hingegen, d. i. Pflichtverletzungen besonderer Art und höheren Grades oder allfällige Wiederholungen oder unter erschwerenden Umständen begangene Ordnungswidrigkeiten werden von der seitens der Börseleitung jährlich einzusetzenden Disciplinarcommission bezw. von der Gewerbebehörde mit Disciplinarstrafen bestraft, u. z.

a) mit Geldbußen, b) mit Suspension vom Amte für bestimmte Zeit, wenn der Börsemäkler wegen unanständigen oder ruhestörenden Benehmens von der Börse auf bestimmte Zeit ausgeschlossen wurde, und als mittlerweilige Vorkehrung während eines schwebenden Disciplinar- oder Strafverfahrens, wenn die Fortsetzung der Amtsführung während dieser Zeit bedenklich erschiene, bei bedeutender Schmälerung der etwa bestellten Caution und bei zeitweiser Unfähigkeit des Mäklers, sich bezüglich seines Vermögens zu verpflichten, und endlich

c) mit der Entsetzung vom Amte zufolge Verurtheilung wegen gewinnsüchtiger Verbrechen oder Uebertretungen bezw. Theilnahme an

---

35) In Deutschland entscheidet örtliche V. O. und in deren Ermangelung Ortsgebrauch (Art. 82). In Ungarn (§. 547) und Bosnien (§. 460) ist die Mäklergebühr Gegenstand freien Uebereinkommens, in Ermangelung dessen oder eines Ortsgebrauches bis zum Werthe des Geschäftes von 5000 fl. $^1/_2$ %, darüber hinaus $^1/_4$ %.

36) Ebenso Art. 83 d. R. H. G. B., und §. 547 Abs. 2 ung., §. 460 Abs. 2 bosn. H. G. B.

37) Fehlt im deutschen, ung. und bosn. H. G. B.

38) Ebenso Art. 70 deutsches H. G. B.; fehlt aber im ung. und bosn. H. G. B.

39) Fehlt im deutschen, ung. und bosn. H. G. B.

solchen, oder wenn der Mäkler wegen einer anderen strafbaren Handlung zu einer mindestens sechsmonatigen Freiheitsstrafe verurtheilt wurde, oder zufolge Verurtheilung wegen Schleichhandel oder schwerer Gefällsübertretung oder im Concursfalle, sowie wegen Angabe, Bestätigung oder Eintragung wissentlich falscher Angaben, wegen Buchfälschung, wegen Handelsgeschäften für eigene Rechnung, Theilnahme am Nutzen des Geschäftes, Unterlassung der Verschaffung der Deckung bei anonymem Geschäftsabschluß, Besorgung von Geschäften für ihm als zahlungs- oder verpflichtungsunfähig bekannte Personen, oder Vermittelung von verbotenen oder Scheingeschäften oder von zum Nachtheile Dritter zu schließenden Geschäften, und endlich wenn wiederholte geringere Strafen wirkungslos waren.

Gegen das Disciplinarerkenntniß, das nur auf Grund eines vorausgegangenen Disciplinarverfahrens gefällt werden darf, steht dem Mäkler binnen 8 Tagen Beschwerde bei der politischen Landesbehörde und von dieser dann wieder in gleicher Frist dem Börsemäkler Beschwerde an das Finanzministerium und anderen Mäklern an das Handelsministerium offen. Letzterwähnter Rechtszug findet jedoch gegen eine von der politischen Landesbehörde bestätigte Suspension vom Amte nicht statt, wenn diese nur als mittlerweilige Vorkehrung verhängt wurde.

Die Geldstrafen der Mäkler fließen in den Armenfond der Gemeinde, in welcher sich der Mäkler die Ordnungswidrigkeit oder das Dienstvergehen zu Schulden kommen ließ.

Unabhängig vom Disciplinarverfahren ist das Strafverfahren gegen Mäkler.

Die Ueberwachung der Mäkler obliegt dem Börsecommissär, bezw. der Gewerbebehörde, denen auch nach dem Tode oder nach der Amtsniederlegung des Mäklers das Tagebuch vorzulegen ist (Art. 84b, 75).

§. 46.

VI. Die Handelsgesellschaften[1]) und andere Personenvereinigungen im Handelsverkehr.

1. Zweck, Begriff, Arten und Rechtscharakter der Handelsgesellschaften im Allgemeinen sowie nach dem H. G. B.

I. Der Kaufmann ist nicht immer imstande allein das erforderliche Capital zu seinem Gewerbebetriebe aufzubringen, er bedarf der wirth-

1) Literatur: Außer den Lehrbüchern und Commentaren zum H. G. B. sind als Gesammtdarstellungen der Lehre von den Handelsgesellschaften zu nennen: Auerbach, Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirthschaftl. Hinsicht unter besond. Berücksichtigung des allg. d. H. G. B. 1861; Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht 1873 (unvollendet). — Vgl. auch Lastig in Endemann's Hdb. I. §§. 74—79; Ladenburg in Ztschr. f. H. R. I. S. 133 ff.; Voigt ebda. I. S. 477 ff.; Rösler ebda. IV. S. 252 ff.; Kuntze ebda. VI. S. 177 ff.; Laband, ebda. XXX. S. 469 ff.; XXXI. 1 ff.; Schlodtmann, ebenda XXXVII. S. 456 ff.; Goldschmidt, Gutachten über den Entwurf eines H. G. B. f. die preuß. Staaten, Separatabdruck aus dem IV. Bd. der krit. Ztschr. f. die gesammte Rechtswissenschaft, und dann Gutachten über den Entwurf 2. Lesung 1860 (Beil.

schaftlichen Unterstützung Anderer; wo die Kraft des Einzelnen nicht mehr ausreicht, um die wirthschaftlichen Bedingungen für das beabsichtigte Unternehmen zu schaffen, da wird die Vereinigung mit anderen wirthschaftlichen Kräften oder mit der Arbeit Anderer gesucht, um im Vereine mit diesen zu erreichen, was der Einzelne nicht vermag. Und eben dies ist Zweck und Aufgabe der Gesellschaft, die Bedingungen und Mittel zur Errichtung und zum gedeihlichen Fortbestande eines Geschäftes in größerem Maße, als es der Einzelne vermag, und ohne Erschöpfung eines einzelnen wirthschaftlichen Capitals zustande zu bringen; während der Einzelkaufmann sich die Existenzbedingungen und Mittel des Geschäftsbetriebes selbst herbeischaffen und stellen muß, bringen in der Handelsgesellschaft die Gesellschafter diese zusammen, und während dies Ersterem nur Nothwendigkeit und wirthschaftliche Voraussetzung ist, ist es den Gesellschaftern auch zugleich „noch gegenseitiges vertragsmäßiges Recht und Pflicht.“[2]) Dadurch steigert sich die capitalbildende Kraft der Einzelnen, die sich zu einem Unternehmen vereinen. Die im Keime vorhandenen Bedingungen der Capitalbildung, die nur einer mächtigeren Person bedürfen, um sich zu entfalten, können sich in der Vereinigung wirthschaftlicher Kräfte zu größerer Macht entwickeln und gedeihen, während sie einzeln für sich zu schwach wären, um sich zu erhalten.

II. Der eben erörterte Zweck der Gesellschaft läßt auch ihren Begriff erkennen; sie erscheint als eine wirthschaftliche Vereinigung zweier oder mehrerer Capitalien oder von Capital und Arbeit zur Erlangung gemeinsamer Früchte. Die Gesellschaft ist sohin in erster Linie ein wirthschaftlicher Begriff, der nicht seinen Inhalt, sondern die seinem wirthschaftlichen Wesen entsprechende Behandlung durch das Recht erfährt. Das Recht sanctionirt und normirt, was das wirthschaftliche Leben schafft und erheischt; das Recht gibt den Gesellschaften Form und Gepräge, wie ihre wirthschaftlichen Existenzbedingungen, ihr wirthschaftlicher Zweck es fordern. Ist dieser Zweck der Betrieb eines Handelsgewerbes, so ist die Gesellschaft eine Handelsgesellschaft. Dies ist auch die Begriffsbestimmung, welche die gegenwärtig herrschende Lehre gibt.[3]) Wesentlich verschieden

---

Heft zu Ztschr. f. H. R. III.); Gotter in Busch Arch. XVIII. S. 341 ff.; Krückmann in Gruchot Beitr. XXXVII. S. 217 ff., bes. S. 234 ff. — Zur Geschichte vgl. insbes. Goldschmidt, Handb. des H. R. (3. Aufl.) I./1. §. 9, III. S. 254 u. ff., woselbst sich auch reiche Literatur- und Quellenangaben finden; Endemann, Die Entwickelung der Handelsgesellschaft (2. Aufl. 1872); Renaud, Ueber die Handelsgesellschaften, 1872; M. Cohn, Römisches Vereinsrecht, 1873; Pernice, Ztschr. f. Rechtsgeschichte. N. F. III. (Röm. Abth.) S. 48 ff.; Gierke, Die Staats- und Corporationslehre des Alterthums u. Mittelalters, und ihre Aufnahme in Deutschland (1881); Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, 1883; M. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, 1889 (hierüber Kritik Pappenheim's in Ztschr. f. H. R. XXXVII. S. 255 u. ff.); Pappenheim, Ztschr. f. H. R. XXXVI. S. 85 ff. (altnordische Handelsgesellschaften).

2) Lastig in Endemann's Handb. I. §. 84.

3) Laband in Ztschr. f. H. R. XXX. S. 505, 506, dessen Darstellung S. 469 ff., XXXI. S. 1 ff. überhaupt zum Folgenden zu vergleichen ist.

hievon ist der Begriff der Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches. Indem das Gesetzbuch das zweite Buch mit der Aufschrift „Von den Handelsgesellschaften" überschreibt, schließt es vor Allem die im 3. Buche (Art. 250—270) behandelte stille Gesellschaft und Gelegenheitsgesellschaft aus dem Kreise der Handelsgesellschaften aus.[4]) In der stillen Gesellschaft (Art. 250—265) betheiligt sich der stille Gesellschafter mit einer Vermögenseinlage an dem Handelsgewerbe eines Anderen, ohne daß dies Verhältniß nach außen hin zum Ausdrucke käme; ja das Gesetz gestattet nicht einmal einen das Verhältniß einer Handelsgesellschaft andeutenden Zusatz in der Firma (Art. 251 Abs. 2). Die Gelegenheitsgesellschaft (Art. 266—270) hinwiederum ist eine Vereinigung zweier oder mehrerer Personen zu einzelnen Handelsgeschäften, also nicht zu Gewerbebetrieb, und ohne eine gemeinsame Firma. Sie ist eine civilrechtliche Societät, die im Handelsrecht nur deshalb in Betracht kommt, weil sie „die Ausführung eines oder mehrerer einzelner Handelsgeschäfte zum Gegenstand hat."[5]) Diese beiden Societätsfirmen unterscheiden sich durch den Mangel der Gesellschaftsfirma bezw. einer Firma überhaupt von der Handelsgesellschaft des zweiten Buches des H. G. B. Die Gesellschaftsfirma aber ist nicht nur der Name der Gesellschaft, sondern sie ist auch das äußere Zeichen der gemeinschaftlichen, wenn auch nicht immer gleichmäßigen und gleichartigen Haftung der Gesellschafter. Alle Rechte und Verbindlichkeiten der Firma sind eben die Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter in ihrer Gesammtheit, sohin auch jedes Einzelnen derselben in dem ihm in der betreffenden Gesellschaftsform vorgeschriebenen Maße und Umfange. Gewerbebetrieb, gemeinsame Haftung und Gesellschaftsfirma bilden die Criterien der Handelsgesellschaft. Für Actiengesellschaften ist, damit auf sie die Bestimmungen des H. G. B. Anwendung finden können, nach östr. Handelsrecht der Betrieb von **Handels**geschäften erforderlich (Art. 5), während selbe nach gegenwärtigem deutschen Recht auch dann Handelsgesellschaften sind, wenn sie gar keine Handelsgeschäfte betreiben.[6]) Für das Vorhandensein einer Handelsgesellschaft ist es unerheblich, ob ein civilrechtliches Societätsverhältniß unter den Gesellschaftern vorliegt oder nicht, so daß die Handelsgesellschaften in keiner Weise als Unterart der civilrechtlichen Gesellschaft erscheinen.

III. Die Verschiedenartigkeit der Heranziehung der einzelnen Gesell-

---

4) Das ung. und bosn. Handelsgesetzbuch enthalten keine Bestimmungen über die stille Gesellschaft und nur einen einzigen Paragraphen (ung. §. 62, bosn. §. 66) über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (Gelegenheitsgesellschaft), bezüglich welcher diese Gesetze ausdrücklich erwähnen, daß auf sie die Bestimmungen über die Handels-gesellschaften nicht Anwendung finden.

5) Behrend, H.R. I. §. 61. Nr. III. (S. 439).

6) Art. 5 und 208 d. R.H.G.B. nach Fassung der Ges. betr. die Commanditgesellschaften auf Actien und Actiengesellschaften vom 11. Juni 1870 und 18. Juli 1884; vgl. auch Laband in der Deutschen Wochenschrift Nr. 24 v. 1889.

schafter zur Herbeischaffung der wirthschaftlichen Mittel (Capital und Arbeit) der Gesellschaft, sowie die hiemit zusammenhängende Verschiedenartigkeit des Eintretens der einzelnen Gesellschafter für die Gesellschaft, d. i. der verschiedene Umfang der Haftung der einzelnen Gesellschafter für die von der Gesellschaft durch ihre Vertreter eingegangenen Verpflichtungen bilden nach dem Handelsgesetzbuch die Criterien für die Aufstellung der verschiedenen Arten von Handelsgesellschaften im (engeren) Sinne des Handelsgesetzbuches.

Die Haftung der einzelnen Gesellschafter für die Verpflichtungen der Gesellschaft kann unbeschränkt (persönlich) oder beschränkt sein, je nachdem der Gesellschafter auch mit seinem gesammten persönlichen Privatvermögen oder nur mit einer bestimmten Vermögenseinlage haftet.

Die Gesellschaft, in welcher sämmtliche Mitglieder ohne Unterschied, ohne Einschränkung und ohne Rücksicht darauf, ob sie Geld oder Arbeit in die Gesellschaft eingebracht haben, und ohne Rücksicht auf die Höhe ihrer Einlage, persönlich mit ihrem gesammten Vermögen für die Gesellschaftsschulden haften, ist die offene Handelsgesellschaft (Art. 85). Haftet nur ein Theil der Gesellschafter unbeschränkt, die übrigen aber unter Beschränkung auf ihre Capitalseinlage, so liegt eine Commanditgesellschaft vor (Art. 150). Ist nun bei letzterer das Capital der Commanditisten in Actien oder Actientheile zerlegt, d. h. wenn die Größe der Capitalsbetheiligung eines Theiles der Gesellschafter in den übernommenen auf Namen lautenden, aber unter gewissen die Gesellschaft sicherstellenden Cautelen übertragbaren (Art. 182, 183, 184) Actien oder Actienantheilen zum Ausdrucke kommt, so liegt eine Commanditgesellschaft auf Actien vor (Art. 173). In der Actiengesellschaft endlich haften sämmtliche Gesellschafter nur beschränkt. Die Größe der Capitalsbetheiligung und der hievon abhängige Umfang der Haftung der Mitglieder einer Actiengesellschaft drückt sich auch hier wie bei der Commanditgesellschaft auf Actien in den übernommenen Actien oder Actienantheilen aus. Abweichend von den für die Commanditgesellschaft auf Actien gegebenen Vorschriften können hier die Actien oder Actienantheile auch auf den Inhaber lauten, und es wird sohin der Eigenthümer einer oder mehrerer Actien oder eines oder mehrerer Actienantheile (sowohl Einzelnperson, als auch juristische Person oder ein Verein oder eine Gesellschaft) Mitglied der Gesellschaft. Je nach Erwerb oder Veräußerung von Actien oder Actienantheilen vermehrt oder vermindert sich die Capitalbetheiligung des Einzelnen an der Gesellschaft, sohin seine Haftung, d. h. das Eintreten für die Gesellschaftsschulden und -verluste, das sich in dem Herabsinken des Werthes der Actien oder Actienantheile ausdrückt; und wer durch Veräußerung seiner Actien oder Actienantheile aufhört Eigenthümer von Actien oder Actienantheilen, d. i. Actionär zu sein, hört auf, Mitglied der Gesellschaft zu sein. Jedoch hat das Gesetz rücksichtlich der Uebertragung von Actien, die auf Namen lauten, wie bei der Commanditgesellschaft auf Actien, so auch bei der Actiengesellschaft gewisse Cautelen geschaffen, damit die Mithaftung des Veräußerers nicht erlöschen könne, ehe die

Haftung des Erwerbers der Actien oder des Actienantheiles voll in Kraft tritt (Art. 223 H. G. B.).[7])

IV. Aus dem rücksichtlich der Haftung der Gesellschafter Gesagten ergibt sich zugleich die Lösung der Frage, welche Handelsgesellschaften juristische Personen sind; denn die persönliche Haftung eines Mitgliedes verträgt sich nicht mit dem Rechtscharakter der juristischen Person. Letztere ist eine selbständige, von den einzelnen Mitgliedern und deren Wechsel unabhängige Persönlichkeit; sie ist ein von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes Rechtssubject, welches das Recht sich zu einem bestimmten Zwecke geschaffen hat; nicht die einzelnen Mitglieder einer Corporation, sondern die juristische Person als solche ist Trägerin der Rechte und Pflichten rücksichtlich des Vermögens. Aus den Beiträgen der Einzelnen, wie aus dem eventuellen Unternehmen, zu dessen Ausführung sich die Mitglieder vereinigen, ergibt sich das Vermögen der juristischen Person, welches Eigenthum dieser, nicht der einzelnen Mitglieder ist, das daher im Falle der Auflösung der juristischen Person, falls in den Statuten nichts darüber verfügt ist, als herrenloses Gut dem Staate, nicht den einzelnen Mitgliedern zufällt. Anders bei der Gesellschaft; hier gibt es kein von den einzelnen Gesellschaftern getrenntes

---

7) Das ung. und bosn. H. G. B. erwähnen unter den Handelsgesellschaften nicht die Commanditgesellschaften auf Actien, wohl aber die Genossenschaften. Nach §. 61 des ung. und §. 65 des bosn. H. G. B. sind als Handelsgesellschaften anzusehen: 1. die offene Handelsgesellschaft; 2. die Commanditgesellschaften; 3. die Actiengesellschaften; 4. die Genossenschaften. (Vgl. zu den im Texte cit. Gesetzesstellen des H. G. B. hier die §§. 64, 125, 173 ung. und §§. 68, 129, 179 bosn. H. G. B.)

Im deutschen Reiche wurde durch Gesetz vom 20. April 1892, Nr. 24 R. G. Bl., in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein Mittelding zwischen den streng individualistischen, auf der unbeschränkten persönlichen Haftung aller oder einzelner Gesellschafter beruhenden Gesellschftsformen einerseits und der Actiengesellschaft als der einzigen Associationsform, in der jeder Theilnehmer nur beschränkt haftet, geschaffen. In derselben vereinigt sich eine begrenzte Zahl von Theilnehmern mit beschränkter persönlicher Haftung mit der Absicht dauernder Betheiligung unter geringerem Kostenaufwande als bei der Actiengesellschaft zu einem Unternehmen, für welches ein geringeres Betriebscapital genügt. (Motive S. 28 u. ff. in der amtl. Ausg. des Entwurfes, Berlin, Vahlen 1891.) Nur das vom Vermögen der einzelnen Theilnehmer getrennt bestehende Gesellschaftsvermögen haftet den Gesellschaftsgläubigern, eine unmittelbare Haftung der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber besteht nicht. Gleich der Actiengesellschaft hat die Gesellschaft mit beschr. Haftung „als solche .... selbständig" ihre Rechte und Pflichten (§. 13 des angef. Ges.), ist daher gleich der Actiengesellschaft juristische Person. Unabhängig von den Geschäften, die sie betreibt, ist diese Gesellschaft als Handelsgesellschaft im Sinne des H. G. B. anzusehen (§. 13 des angef. Ges.). — Vgl. hiezu insbes. Esser II., Die Gesellschaft mit beschr. Haftbarkeit (1886); Simon in Ztschr. f. H. R. XXXIV. S. 85 ff.; Ring in Busch Arch. XLVIII. S. 26 ff.; Riesser, Zur Revision des H. G. B. II. S. 290 ff.; Goldschmidt, Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft (1892); Michel, Der Rechtscharakter der Gesellschaften mit beschr. Haftung (1892); Lubszynski, Die Gesellschaften mit beschr. Haftung, S. 9 u. ff.; Pommer, Pflichten u. Rechte einer Gesellschaft m. b. H. (Göttingen, Diss.) und Gesetzesausg. v. Hergenhahn, Esser, Birkenbihl, Parisius-Crüger, Förtsch.

Vermögenssubject. Die Gesellschafter selbst sind die Träger aller Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sie haften für die Gesellschaftsschulden entweder alle insgesammt oder einzelne unbeschränkt, den Gesellschaftern fällt bei Auflösung der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen zu, denn sie, nicht ein von ihnen getrenntes Rechtssubject waren die Eigenthümer des Gesellschaftsvermögens, so lange die Gesellschaft bestand. Die Gesellschaft als solche ist nicht zu trennen von den persönlich haftenden Gesellschaftern; ein Wechsel in der Person der persönlich haftenden Gesellschafter ist in der Regel Auflösung der alten bzw. Begründung einer neuen Gesellschaft. Während ferner die einzelnen Mitglieder der juristischen Person zu dieser als einem von ihnen getrennten selbständigen Rechtssubjecte in Rechtsverhältnisse treten (z. B. Pflicht zur Beitragsleistung, Recht zur Benützung der bestimmten Zwecken gewidmeten Vereinslocalitäten), nicht aber in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der juristischen Persönlichkeit unter einander, stehen die persönlich haftenden Gesellschafter unter einander in einem obligatorischen Rechtsverhältnisse.

Nach dem Gesagten kann nur den Actiengesellschaften der Charakter einer juristischen Persönlichkeit zugesprochen werden.

Dieser Unterscheidung trägt auch das Handelgesetzbuch Rechnung. Nach Art. 111, 164 kann die offene Handelsgesellschaft und die Commanditgesellschaft, was auch für Commanditgesellschaft auf Actien gilt, unter ihrer Firma, d. i. als Gesammtheit aller Gesellschafter unter der gemeinschaftlichen Gesellschaftsfirma, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, während es von der Actiengesellschaft im Art. 213 heißt, daß sie „als solche" „selbständig" Rechte und Pflichten hat. Der Tod eines Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft (Art. 123, Z. 2), oder eines persönlich haftenden Gesellschafters der Commanditgesellschaft (Art. 170 Abs. 2), oder einer Commanditactiengesellschaft, nicht aber der Tod eines Commanditisten ist, sofern nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll, gleich dem Concurse eines persönlich haftenden Gesellschafters (Art. 123 Z. 3; Art. 170 Abs. 2), und der Aufkündigung seitens eines solchen (Art. 123 Z. 6, Art. 170 Abs, 2), ein Grund zur Auflösung der betreffenden Gesellschaft. Ferner spricht das Handelsgesetz von Rechten und Pflichten der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander bei offenen Handelsgesellschaften (Art. 90—109), wie jener der Commanditgesellschaft (Art. 157), nicht aber von einem innerrechtlichen Verhältnisse der Actionäre unter einander, wohl aber von einem Rechtsverhältnisse dieser zur Actiengesellschaft (Art. 216—226).[8])

8) Was hier im Texte im letzten Absatze rücksichtlich des H. G. B. gesagt wurde, gilt auch vom d. R. H. G. B. u. z. auch in der neuen Fassung der einschlägigen Artikel betr. die Commanditactien- und Actiengesellschaften, und, soweit die offene Handelsgesellschaft, die Commandit- und die Actiengesellschaft in Betracht kommen, auch rücksichtlich des ung. und bosn. H. G. B., jedoch mit dem Unterschiede, daß diese beiden Gesetze rücksichtlich aller Handelsgesellschaften einschließlich der Genossenschaften (s. oben Note 7) in einem einzigen für alle vier Handelsgesellschaften dieser Gesetze geltenden Paragraphen (ung. §. 61, bosn.

V. Die oben (Nr. IV) dargestellte systematische Anordnung der Reihenfolge, in welcher das Handelsgesetzbuch die einzelnen Handelsgesellschaften bzw. Gesellschaften behandelt, beruht, wie gesagt, auf dem Maße der Haftung der Gesellschafter. Der Reihenfolge der einzelnen Gesellschaften in der folgenden Darstellung liegt die Aehnlichkeit der Structur der einzelnen Gesellschaften unter einander zu Grunde. Die Grundform ist die offene Handelsgesellschaft, ihr folgen die Commanditgesellschaft und die stille Gesellschaft, dann die Actiengesellschaft und die Commanditgesellschaft auf Actien. Nach diesen findet die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft ihre Darstellung, insofern auf sie die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Anwendung finden. Den Schluß bildet dann die sog. Gelegenheitsgesellschaft, d. i. die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

§. 47.

2. Die offene Handelsgesellschaft.[1])

A. Begriff und juristische Natur.

I. Eine offene Handelsgesellschaft ist nach Art. 85 H. G. B. vorhanden, „wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben, und bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist". Betrieb eines Handelsgewerbes, gemeinschaftliche Firma und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter sind die drei Essentialien der offenen Handelsgesellschaft.

---

§. 66) unterschiedslos bestimmen, daß die Handelsgesellschaften unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Immobilien erwerben und vor Gericht klagen und verklagt werden können, welche einheitliche Fassung nicht unrichtig ist, aber das Wesen der genannten Gesellschaften nicht so genau wiedergiebt, wie die Fassung des allg. deutschen H. G. B. — Im Uebrigen vgl. ung. H. G. B. §§. 98 Z. 2, 3, 8; 68 bis 86, 132, 163—175; bosn. H. G. B. §§. 102 Z. 2, 3, 8; 72—90; 136; 169—180.

1) Literatur: Außer den Comment. z. H. G. B. und außer der in Note 1 ad §. 46 angeführten noch speciell Thöl, H. R. I. §§. 88 ff.; Auerbach, Gesellschaftswesen S. 9—107; Auerbach, Handelsgesetz S. 106—145; Endemann, H. R. §§. 34—47; Lastig in Endemann's Hdb. I. §§. 80—95; v. Stubenrauch, H. R. §§. 73—95; v. Kräwel in Busch's Arch. IV. S. 1 ff.; Lehmann, Ueber das Rechtsgewand der off. Handelsgesellschaft (1882); Laband in Ztschr. f. H. R. XXX. S. 513 ff.; XXXI. S. 1 ff.; Affolter im Arch. f. b. R. V. S. 1 ff.; Unger in Jhering's Jahrb. XXV. S. 239 ff.; Hergenhahn-Tuchatsch, Die off. Handelsgesellschaft (1894); K. Adler, Zur Entwicklungslehre u. Dogmatik des Gesellschaftsrechtes (1895). Vgl. auch Wehli in Oest. allg. G. Z. Nr. 65 von 1864; Wedekind in Jurist. Bl. Nr. 32, 33 von 1864. Von älteren Schriftstellern: Heise, H. R. §. 21; Brinckmann, H. R. §§. 36—53; Treitschke, Lehre von der unbeschränkten oblig. Gewerbegesellschaft und von Commanditen. 1844. (2. Aufl. der 1825 erschienenen Lehre v. d. Erwerbsgesellschaft.)

Speciell für die Geschichte der offenen Handelsgesellschaft vgl. Goldschmidt, Handb. des H. R. I./1. Universalgeschichte des H. R. §. 9. III. 2. (S. 271 u. ff.); Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften. S. 3 u. ff.; Endemann, H. R. §. 38.

Rechtsquellen: H. G. B. Art. 85 bis 149; ung. H. G. B. §§. 64—124; bosn. §§. 68—128.

1. Die offene Handelsgesellschaft ist nicht bloß eine Vereinigung zum Abschlusse eines oder mehrerer einzelner Geschäfte, sondern zum Betriebe eines Handelsgewerbes, nicht aber zum Betriebe eines Gewerbes, das nicht Handelsgewerbe ist. Dieses Merkmal theilt die offene Handelsgesellschaft mit dem Kaufmanne, und es finden daher auf sie mit Recht die für die Kaufleute geltenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Anwendung[2]) (Art. 5 H. G. B.).[3]) Aber nicht nur die offene Handelsgesellschaft als solche ist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches, auch die einzelnen Mitglieder derselben, welche ja das Handelsgewerbe, sohin gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreiben, sind Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches, aber natürlich „nur in Ansehung der Gesellschaftsgeschäfte, nicht sofern sie außerhalb des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft in rechtliche Beziehungen treten".[4])

2. Die gemeinsame Firma manifestirt die Einheit der Gesellschaft nach außen hin, sie ist der Gesammtname, unter welchem die Gesellschaft Rechte erwirbt und Pflichten eingeht. Die Firma kann, muß aber nicht die Namen sämmtlicher Gesellschafter enthalten; es genügt der Name eines der Gesellschafter mit einem das Gesellschaftsverhältniß andeutenden Zusatze (Art 17).[5]) Die Firma kann unverändert bleiben, auch wenn ein Gesellschafter aus- oder eintritt, jedoch ist, wenn der Name des austretenden Gesellschafters in der Firma enthalten ist und in derselben bleiben soll, dessen Einwilligung zur Beibehaltung der Firma erforderlich (Art 24).[6]) So kann es denn auch geschehen, daß die Firma einer offenen Handelsgesellschaft nur Namen nicht mehr am Geschäfte betheiligter Gesellschafter enthält. Die Gesellschaft kann auch die Firma eines Einzelkaufmannes haben, wenn nämlich ohne Aenderung der Firma Jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft eines Einzelkaufmannes als Gesellschafter hinzutritt oder wenn die Gesellschafter das Geschäft durch Vertrag oder Erbgang erwerben (Art. 22, 24).[7]) Circularien oder Annoncen pflegen der Geschäftswelt in solchen Fällen die wahren Geschäftsinhaber bekannt zu geben; genaue Auskunft über die Namen der Geschäftsinhaber aber gibt für alle Fälle das zu Jedermanns Einsicht offen stehende Handelsregister, bei welchem auch alle Aenderungen der Firma (Art. 25, 87)[8]), sowie auch die neu begründete Firma (Art. 12,

2) Laband in Ztschr. f. H. R. XXX. S. 513; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. II. Nr. I, 2 zu Art. 85.

3) §. 4 ung.; §. 5 bosn. H. G. B.

4) Behrend, H. R. I. §. 25 (S. 105), wie auch §. 64. Nr. III.; ebenso Thöl, H. R. I. §. 28; v. Hahn, Comm. I. §. 3 zu Art. 4; v. Cannstein in Ztschr. f. H. R. XX. S. 84 ff.; Laband a. a. O. S. 520. — Anders Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. I. Nr. 2 zu Art. 4; Goldschmidt, H. R. I. (2. Aufl.) §. 43 (S. 469); Makower, Comm. (9. Aufl.) Note 2d und e zu Art. 4; Lastig in Endemann's Handb. I. §. 82 (S. 348, 349). Vgl. R. O. H. G. XIV. S. 210, 211; XXIII. S. 144.

5) Ebenso ung. H. G. B. §. 13; bosn. §. 14.

6) Ebenso ung. H. G. B. §. 15; bosn. §. 17, welche noch hinzufügen, daß dies auch für den Fall gelte, wenn die Gesellschaft aus zwei Personen bestand und eine derselben austritt, was im H. G. B. Art. 24 als selbstverständlich im Abs. 1 und 2 dieses Artikels enthalten erachtet, daher nicht ausdrücklich erwähnt wird.

7) Ung. H. G. §. 12, 15; bosn. §. 13, 17.

8) Ung. H. G. §§. 19, 66; bosn. §. 21, 70.

86)[9]) anzumelden sind. In der Anmeldung der neuen Firma oder der Aenderung einer schon bestehenden Firma liegt zugleich die übereinstimmende Willenserklärung der Gesellschafter, welche insgesammt diese Anmeldungen persönlich vor dem Handelsgerichte unterzeichnen oder in beglaubigter Form einreichen müssen (Art. 88)[10]), unter diesem Gesammtnamen ein Handelsgewerbe zu betreiben, unter diesem Namen gemeinschaftlich haften zu wollen. Die Annahme der Firma seitens der Gesellschafter kann auch stillschweigend durch thatsächlichen Gebrauch der Firma mit Wissen und Willen aller Gesellschafter[11]) erfolgen, jedoch sind die Gesellschafter durch das Gesetz verpflichtet, die so geschaffene Firma und Gesellschaft bei dem Handelsregister anzumelden, und sind hiezu vom Handelsgerichte von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten (Art. 89).[12])

Da die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firmen nur auf Vollkaufleute Anwendung haben (Art. 10)[13]), da ferner die gemeinschaftliche Firma ein unerläßliches Erforderniß der offenen Handelsgesellschaft ist[14]), so folgt, daß Vereinigungen von Kaufleuten minderen Rechtes (Minderkaufleuten) zum Betriebe eines Handelsgewerbes nicht als offene Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetzbuches gelten.[15])

3. Ebenso unerläßlich ist das Erforderniß der unbeschränkten Haftung jedes einzelnen Gesellschafters sowie der correalen[16]) Haftung aller Gesellschafter, d. i. die Haftung Aller für Einen, und Eines für Alle. Eine entgegenstehende Verabredung ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung (Art. 112).[17]) Indem das Gesetzbuch das Merkmal der unbeschränkten Haftung für die Firmaschulden negativ dahin ausdrückt, daß „bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist“[18]), schafft es zugleich eine Präsumtion, deren Gegentheil zu beweisen

9) Ung. H. G. §§. 7, 65; bosn. §§. 8, 69.

10) Ung. H. G. §. 67; bosn. §. 71.

11) Dieser thatsächliche Gebrauch der Firma hat nur dann rechtliche Wirksamkeit, wenn er mit Consens der Betheiligten geschieht. Dieser Consens kann manifestirt werden durch Circularien, Briefe, Anzeige bei der Steuerbehörde, Anbringung der Firma am Geschäftslocale 2c., „wofern nur diese Erklärungsmittel mit Wissen und Willen aller Betheiligten angewendet werden“ (Laband, Ztschr. f. H. R. XXX. S. 527); ungenau Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. II. Nr. V. 2, a zu Art. 85 (S. 81 u. f.) und Behrend, H. R. I. §. 64 Note 2.

12) Fehlt im ung. und bosn. H. G. B.

13) Ung. H. G. §. 5; bosn. §. 6.

14) v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 85; Laband a. a. O. S. 513.

15) Laband a. a. O. S. 513.

16) Was hier im Gesetzbuche „solidarisch“ genannt wird, ist „correal“. Vgl. v. Hahn, Comm. I. §§. 1 bis incl. 4 zu Art. 112; Unger in Ihering's Jahrb. XXII. S. 246, XXV. S. 255 ff.; K. Adler a. a. O. S. 25 spricht von strenger oder echter Solidarität.

17) Fast ganz gleichlautend hiemit §. 88 des ung. und §. 92 des bosn. H. G. — Auch kann sich ein Mitglied einer off. H. Gesellschaft der Verantwortlichkeit nicht dadurch entziehen, daß es geltend macht, auf die Geschäftszweige, in denen das Verschulden hervortrat, keinen Einfluß genommen zu haben (Erk. d. Cassat. H. im J. M. V. Bl. Beil. I. Bd. Nr. 54).

18) Diese Fassung des Art. 85 H. G. B. ist ungenau; nicht die „Betheiligung“, sondern, wie Laband a. a. O. S. 515 sagt, „die Haftung darf nicht beschränkt sein, und ausgeschlossen ist nicht bloß die Beschränkung auf Vermögenseinlagen, sondern jede Beschränkung auf Vermögenstheile“. Dies drückt positiv aus Art. 112 H. G. B.: „Jeder Gesellschafter haftet

ist. Zum Beweise des Vorhandenseins einer offenen Handelsgesellschaft genügt der Beweis über den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Die Unbeschränktheit der Haftung ist dann Regel, und ihre Beschränkung müßte ausdrücklich erklärt bezw. bewiesen werden.

Das Handelsgesetzbuch stellt aber durch die Fassung des Art. 85 noch eine zweite Erleichterung des Beweises auf, indem es sagt, daß eine offene Handelsgesellschaft „vorhanden ist", wenn zwei oder mehrere Personen sich zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma ohne Beschränkung ihrer Haftung vereinigen. Es ist nach dieser Fassung des Art. 85 nicht nothwendig, daß sich die Gesellschafter beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages des Ausdruckes „offene Handelsgesellschaft" bedienen. Bei Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma wird die unbeschränkte und correale Haftung vorausgesetzt; und es braucht Niemand im einzelnen Falle erst zu untersuchen, zu erfragen oder zu beweisen, ob diese oder eine andere Gesellschaftsform gewollt wurde.[19])

II. Die offene Handelsgesellschaft entsteht durch Vertrag, für welchen im Gesetze keine bestimmte Form vorgeschrieben ist (Art. 85). Dieser Vertrag kann daher mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden, ja sogar auch „auf Grund einer lediglich in concludenten Handlungen sich kundgebenden Willenübereinstimmung zustande kommen".[20])

---

für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit seinem ganzen Vermögen."

Die im Texte erwähnte, oben als ungenau bezeichnete Fassung war erst in zweiter Lesung beschlossen worden (Prot. S. 1146). Der preußische Entwurf eines allg. deutschen H. G. B. enthielt in Art. 91 eine kurze, nur die positiven Begriffsmerkmale umfassende Definition der offenen Handelsgesellschaft, nebst einem Zusatze über die Haftung. Er lautete:

„Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben.

Die Gesellschafter haften persönlich und solidarisch für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegen Dritte."

Im Entwurfe erster Lesung (Art. 86) wurden diese beiden Bestandtheile des Art. 91 des preuß. Entwurfes in einen Satz vereinigt: „Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich mit ihrem ganzen Vermögen und solidarisch haften", während in Art. 111 dieses Entwurfes eben diese persönliche und „solidarische" d. i. correale Haftung als eine aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft sich ergebenden Folge bezeichnet wurde. Dadurch ergab sich ein unlösbarer Cirkel, indem diese Haftung der Gesellschafter zugleich Begriffsmerkmal der offenen Handelsgesellschaft, und zugleich eine auf das Verhältniß der Gesellschaft zu Dritten einwirkende Folge des Begriffes der offenen Handelsgesellschaft sein sollte. Deshalb wurde in zweiter Lesung die jetzige, in ihrem zweiten Theile negative Fassung des Art. 85 beschlossen (Prot. S. 1146). Die Fassung des §. 68 des bosn. H. G. B. stimmt fast wörtlich mit jener des Art. 85 H. G. B. überein, während §. 64 Abs. 1 des ung. H. G. B. dem Art. 86 des obcit. Entwurfes erster Lesung entspricht.

19) Prot. Vgl. S. 977—982.

20) Behrend, H. R. I. §. 64; vgl. daselbst Note 2; die Bezeichnung darf keinen Zweifel über die Art der Betheiligung des Gesellschafters zulassen, die bloße Anzeige seitens eines der Gesellschafter mittels Circulares, daß er einen neuen Gesellschafter aufgenommen hat und daß dieser die Firma per procura

Fähig Gesellschafter zu werden ist in der Regel Jeder, der überhaupt einen giltigen Vertrag abschließen kann, und zu keinem Kaufmanne in einem Vollmachts- oder Dienstverhältnisse steht (Art. 56, 59), und der endlich im speciellen Falle die vorgeschriebenen besonderen Erfordernisse zum Betriebe eines bestimmten Gewerbes hat. Es gelten hier im Allgemeinen die oben (§§. 19 ff.) in dieser Hinsicht bezüglich der Einzelkaufleute dargelegten Grundsätze. Im Einzelnen ist hier noch zu bemerken:

1. Von den im Handelsverkehr selbständig auftretenden Personen dürfen kraft positiver Gesetzesvorschrift (Art. 69 Z. 1 H. G. B. nach der Fassung des Ges. v. 4. April 1875, Nr. 68 R. G. Bl.) die Handelsmäkler keine Handelsgeschäfte für eigene Rechnung machen, weder unmittelbar, noch mittelbar, sohin auch nicht im Vereine mit Anderen, als Gesellschafter. Handelsmäkler können daher nicht Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sein.

2. Staats-, städtischen, ständischen und öffentlichen Fondbeamten ist die Errichtung von offenen Handelsgesellschaften oder die Theilnahme an solchen untersagt, wenn dadurch die Voraussetzung einer Befangenheit in Ausübung ihres Amtes begründet würde, oder wenn die Errichtung der offenen Handelsgesellschaft oder die Theilnahme an derselben dem Anstande oder der äußeren Ehre des Ranges, in welchem der Beamte steht, widerstrebt, oder endlich, wenn dadurch die Zeit des Beamten auf Kosten des Dienstes in Anspruch genommen wird. In den beiden ersten Fällen ist der Beamte aufzufordern, aus der Gesellschaft auszutreten, im dritten Falle ist er im Disciplinarwege zur Erfüllung seiner Amtspflichten anzuhalten (Hofkzld. v. 23. Sept. 1835 und a. h. Entschl. v. 4. Febr. 1836).

III. Die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft ist von den Gesellschaftern bei dem Handelsgerichte bezw. bei dem mit der Handelsgerichtsbarkeit betrauten Gerichtshofe I. Instanz, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, und wenn eine Zweigniederlassung besteht, auch bei jenem obbezeichneten Gerichte, in dessen Sprengel letztere sich befindet, behufs Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung, welche, wie schon oben gesagt wurde, von allen Gesellschaftern persönlich vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden muß, muß mindestens enthalten: 1. Name, Vorname, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters, 2. Firma und Sitz der Gesellschaft, 3. den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat, 4. für den Fall, daß nicht alle Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft befugt wären, die Bezeichnung der Vertretungsbefugten und auch die Angabe, ob sie selbständig oder collectiv zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind.

Gleichzeitig haben die vertretungsbefugten Gesellschafter die Gesell-

---

zeichnen werde, ist daher nicht genügend (Adler-Clemens I. Nr. 81), wohl aber, wenn der bisherige Einzelkaufmann anzeigt, er habe seinen bisherigen Procuristen als Theilhaber aufgenommen (vgl. R. O. H. G. XV. S. 17 ff.).

schaftsfirma persönlich vor dem Handelsgerichte mit ihrer Namensunterschrift zu zeichnen, oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen. In derselben Weise wie die Errichtung einer Handelsgesellschaft ist auch jede einen der eingetragenen Punkte betreffende Aenderung anzumelden (Art. 86, 87, 88).[21])

Nach dem oben (S. 87, 88) Gesagten ist jede Eintragung in das Handelsregister, sofern nicht im Gesetze selbst Anderes bestimmt ist, ihrem vollen Inhalte nach zu publiciren.

Nach außen hin, d. i. Dritten gegenüber, tritt die rechtliche Wirksamkeit einer Gesellschaft entweder mit dem Zeitpunkte der Eintragung in das Handelsregister oder schon mit dem Zeitpunkt des Beginnes ihrer Geschäfte ein, falls sie diese schon vor der Eintragung begonnen hat (Art. 110).[22]) Eine andere Verabredung ist Dritten gegenüber ohne rechtliche Wirkung (Art. 110 Abs. 2). Die Nichteinhaltung der Anmeldungsvorschriften sowie der Gebrauch einer nicht zustehenden Firma zieht Ordnungsstrafen von 10—300 fl. zu Gunsten des Armenfonds des Ortes, an welchem das Handelsgericht seinen Sitz hat, nach sich (Art. 26, 89; §. 12 Einf. Ges.).[23]) Eine Umwandlung der Geldstrafe in Arreststrafe findet nicht statt (§. 12 Einf. Ges.). Bei Verfällung in die Geldstrafe ist der Verurtheilte vorher noch aufzufordern, binnen einer bestimmten Frist den Vorschriften Genüge zu leisten (§. 12 Abs. 2, Einf. Ges.). Die Gerichte überhaupt, insbes. die Abhandlungs- und Concursbehörden, die Gewerbehörden, Notare, Handels- und Gewerbekammern, haben die ihnen in Ausübung ihres Amtes zur Kenntniß gelangenden Uebertretungen der Anmeldungsvorschriften oder unbefugte Anmaßung von Firmen ohne Verzug dem Handelsgerichte bezw. dem betreffenden die Handelsgerichtsbarkeit ausübenden Gerichtshofe erster Instanz anzuzeigen (§. 13 Einf. Ges.; vgl. §§. 2 und 7 u. ff. V. O. der Ministerien der Justiz u. des Handels im Einvernehmen mit dem Finanzminist. v. 9. März 1863, Nr. 27 R. G. Bl.).

IV. Ihrem oben dargelegten Wesen zufolge erscheint die offene Handelsgesellschaft als eine principiell gleichberechtigte Mitglieder (Gesellschafter) in sich schließende Collectiveinheit.[23a]) Jede Handlung der Gesellschaft ist mithin eine verantwortliche Handlung aller Gesellschafter, die alle insgesammt für dieselbe als ihre Handlung haften, und nur allein dieselbe wollen können. Der Wille der Gesellschaft kann kein anderer sein als der der Gesellschafter, in Eins zusammengefaßt; er ist ein Collectivwille. Dies hört er aber auf zu sein oder dies wird er nicht, wenn nur ein Gesellschafter nicht zustimmt. Daher verlangt das Handelsgesetzbuch in Fällen, wo es einen Beschluß sämmtlicher Gesell-

---

21) Ung. H. G. §§. 65, 66, 67; bosn. §§. 69, 70, 71.

22) Ung. H. G. §. 87; bosn. §. 91.

23) Ung. H. G. §. 21; bosn. §. 23; die Strafandrohung des Art. 89 H. G. B. fehlt im ung. und bosn. H. Ges.

23a) Unger in Jahrb. XXII. S. 220 Note 31, XXV. S. 251 ff. — Vgl. „Collectivgesellschaft" in schweiz. Obl. R., „société en nom collectif" im franz. und „società in nome colletivo" im ital. H. G. Anders Eccius in Ztschr. f. H. R. XXXII. S. 2, der die offene Handelsgesellschaft als juristische Person betrachtet.

schafter (Gesellschaftsbeschluß) für nothwendig erachtet, mit Recht die Stimmeneinhelligkeit aller Gesellschafter (Art. 103)[24]), und gesteht abgesehen von diesen Fällen jedem Gesellschafter ein Vetorecht zu (Art. 102).[25]) Der Wille des einzelnen Gesellschafters geht sohin in der Gesellschaft nicht unter, sondern besteht in derselben fort; und der Wille der Gesellschaft ist nichts anderes als die Summe der Willensmeinungen aller einzelnen Gesellschafter.[26]) Ein Majorisiren durch Mehrheitsbeschlüsse wäre eine Gefahr für Einigkeit und Bestand der offenen Handelsgesellschaft. Und wie endlich die offene Handelsgesellschaft als obligatorisches Rechtsverhältniß durch Willensübereinstimmung (Vertrag) aller Gesellschafter entsteht (Art. 85) und endigt (Art. 123 Z. 4)[27]), so kann sich auch der Wille der Gesellschaft während ihres Bestandes nicht anders äußern als durch Willensübereinstimmung aller Gesellschafter.

§. 48.

B. Rechtsverhältniß der Gesellschafter untereinander.

I. Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter untereinander (die sog. inneren Beziehungen, Innerrechtsverhältniß) bestimmt sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrage. Die diesbezüglichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches (Art. 91 bis einschl. 109)[1]) sind mit Ausnahme des weiter unten zu besprechenden Art. 105[2]) nur Dispositivvorschriften, die eben nur insoweit zur Anwendung kommen, als über die in den Art. 91 bis 104, 106—109 H. G. B. berührten Punkte im Gesellschaftsvertrage keine Vereinbarung getroffen wurde (Art. 90)[3]), wobei es aber selbstverständlich ist, daß im Gesellschaftsvertrage keine dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft widersprechende Bestimmung aufgenommen werden darf. Wenn endlich über eine bestimmte Frage weder der Vertrag noch das als Ergänzung berufene Handelsgesetzbuch eine Norm enthält, so kommen nach Art. 1 H. G. B. die Handelsgewohnheiten und erst in letzter Linie das bürgerliche Recht zur Anwendung.

II. Der oben erörterte Zweck der Gesellschaft, durch Vereinigung von Capitalien Unternehmungen zu schaffen, wozu die Kraft des Einzelnen nicht ausreichen würde, erheischt von selbst die Mithilfe der Gesellschafter u. z. sowohl zur Begründung und Erhaltung der Gesellschaft, als auch zur Herbeischaffung des nöthigen Capitals oder Vermögens der Gesellschaft. Was nun der einzelne Gesellschafter, sei es durch Capital, sei es durch Arbeit zu besagtem Zwecke leistet, ist seine Einlage.[3a]) Je nach

24) Ung. H. G. §. 81; bosn. §. 85.

25) Vgl. Art. 96, 98, 104, 108 H. G. B.; §§. 80, 74, 76, 82, 86 ung. u. §§. 84, 78, 80, 86, 90 des bosn. H. Ges.

26) Protokolle S. 198.

27) Ung. H. G. §§. 64, 98 Z. 4; bosn. §§. 68, 102 Z. 4.

1) Ung. H. G. §§. 69—86; bosn. §§. 73 bis 90.

2) Vgl. ung. H. G. §. 83; bosn. §. 87.

3) Ung. H. G. §. 68; bosn. §. 72.

3a) Gibt der Gesellschaftsvertrag keinen Aufschluß über die Einlagen, so ist das in der Inventur, bezw. Bilanz ausgewiesene Gesellschaftsvermögen als die Einlage der Gesellschafter anzusehen (Erk. V. G. H. in Gerichtshalle Nr. 17 v. 1894).

ihrem oberwähnten Inhalte ist sie Arbeits- oder Capitalseinlage. Letztere besteht nun zumeist in Geld, kann aber auch in anderen Sachen bestehen. Die Einlage als That betrachtet, heißt die Illation. Diese ist auf Seite des Inferenten entweder eine Veräußerung im weitesten Sinne[4]), Ueberlassung der Sache zu gemeinsamem Eigenthum der Gesellschafter, d. i. der Gesellschaft (Illation quoad dominium), oder bloß Ueberlassung einer Sache zu gemeinsamem Gebrauche der Gesellschafter, d. i. der Gesellschaft (Illation quoad usum). Erstere ist ihrem Wesen nach nur eine besondere Form der jeweiligen Eigenthumsübertragung, aber nicht etwa eine besondere Eigenthumserwerbsart; hinter jeder Illation quoad dominium steckt immer irgend eine civilrechtliche Erwerbsart, die aber nur dadurch äußerlich etwas Besonderes bietet, daß der socius inferens seine Sache in das Eigenthum der Gesammtheit und Gemeinschaft der Gesellschafter (societas, communio) überträgt und erklärt, seine bisherige Macht über die Sache jetzt nicht mehr allein, sondern mit den übrigen Gesellschaftern gemeinsam haben zu wollen. Ob nun im einzelnen Falle durch Illation quoad dominium thatsächlich seitens der Gesellschaft Eigenthum erworben wird, hängt davon ab, ob den diesbezüglich durch das bürgerliche Recht vorgeschriebenen Formen genügt worden ist, wonach bei Mobilien die Tradition (§. 426 a. b. G. B.) bezw. bei Immobilien Eintragung in das Grundbuch (§. 431 a. b. G. B.) zum Eigenthumserwerbe vorgeschrieben ist.[5]) Dies gilt auch dann, wenn die Illation in der Weise erfolgt, daß eine bisher einem Gesellschafter allein gehörige Sache in das Inventar der Gesellschaft aufgenommen wird, ungeachtet das Gesetz (Art. 91 Abs. 2)[6]) für diesen Fall eine Präsumtion dafür statuir daß eine so inferirte Sache in das gemeinschaftliche Eigenthum aller Gesellschafter übergegangen sei. Die vollzogene Eintragung in das Inventar bildet nur „den Beweis der geschehenen Einbringung in das Gesellschaftsvermögen"[7]), und in der vorgeschriebenen Unterschrift aller persönlich haftenden Gesellschafter (Art. 30)[8]), d. i. bei der offenen Handelsgesellschaft aller Gesellschafter auf dem Inventar liegt wohl eine Anerkennung und Bestätigung des gemeinschaftlichen Eigenthums der Gesellschafter, d. i. der Gesellschaft an den in das Inventar aufgenommenen Vermögensstücken seitens aller Gesellschafter, also auch seitens des inferirenden Gesellschafters, nicht aber die Uebertragung des Eigenthums selbst.

Ob nun im einzelnen Falle eine Illation quoad dominium oder nur quoad usum stattgefunden habe, hängt wie gesagt in erster Linie von der Erfüllung oder Nichterfüllung der civilrechtlichen Vorschriften für den Eigenthumserwerb ab. Bei Immobilien sind dies äußerlich erkennbare Handlungen. Anders bei beweglichen Sachen. Hier ist die äußere Thätig-

4) Also nicht etwa Veräußerung nur im Sinne von Verkauf seitens des Inferenten an die Gesellschafter insgesammt, d. i. an die Gesellschaft.

5) Protokolle S. 176; vgl. Noack in Busch's Arch. f. H. u. W. R. IV. S. 196 ff.; weitere Literatur bei Behrend, H. R. I. §. 68 Note 17; a. b. G. B. §. 1181.

6) Ung. H. G. §. 69 Abs. 2; bosn. §. 73 Abs. 2.

7) Protokolle S. 177.

8) Ung. H. G. §. 27; bosn. §. 29.

keit des Inferenten in der Regel dieselbe, ob er die Sache der Gesellschaft zu Eigenthum inferirt (tradirt) oder ob er sie nur zum Gebrauche der Gesellschaft einbringt. Die Wirkung einer so vollzogenen Illation ist daher von der Absicht des Inferenten abhängig. Diese Absicht kann entweder ausdrücklich ausgesprochen oder aus dem Gesellschaftsvertrage zu schließen sein; „denn es ist, wenn bei der Einbringung nicht etwas Anderes erklärt ist, anzunehmen, daß die Einbringung zum Zwecke der Erfüllung der vertragsmäßigen Verpflichtungen, mithin mit der dazu erforderlichen Absicht erfolgt sei.“ [9]) Ist nun die Absicht des Inferenten in keiner Weise erkennbar, so geht das Gesetz mit der in dem vielumstrittenen [10]) Art. 91 Abs. 1 [11]) gegebenen diesbezüglichen Dispositivvorschrift von der Voraussetzung aus, daß anzunehmen sei, die Illation sei in einer ihren Zweck ermöglichenden Absicht geschehen. Das Einbringen einer Sache in die Gesellschaft bezweckt denn nun in erster Linie die Möglichkeit des freien Gebrauches der eingeworfenen Sache zu Gesellschaftszwecken. Dies ist aber bei verbrauchbaren oder vertretbaren Sachen in der Regel [12]) nur dann möglich, wenn über ihre Substanz selbst verfügt werden kann, d. i. wenn sie verkauft oder ganz oder theilweise verbraucht werden können. Ein solches Verfügungsrecht über die Substanz hat aber nur der Eigenthümer. Das Gesetz nimmt daher an, daß in dem in Rede stehenden Falle der Nichterkennbarkeit der Absicht des Inferenten Geld, dann vertretbare Sachen, ohne Unterschied ob sie verbrauchbar sind oder nicht, und verbrauchbare Sachen ohne Rücksicht auf ihre etwaige Vertretbarkeit oder Unvertretbarkeit in das Eigenthum der Gesellschaft übertragen werden wollen. Anders ist dies bei unverbrauchbaren und unvertretbaren Sachen. Diese können meist sehr wohl zu gesellschaftlichem Zwecke gebraucht werden, ohne in das Eigenthum der Gesellschaft übergehen zu müssen. Es genügt daher hier die Illation quoad usum, welche der citirte Gesetzesartikel bezüglich der Illation solcher Sachen im Falle der Nichterkennbarkeit der Absicht des Inferenten annimmt. Wird jedoch die unverbrauchbare und unvertretbare Sache nicht als solche, sondern als abstractes Werthobject nach einer zu diesem Zwecke vorausgegangenen Schätzung eingebracht, so wird vom Gesetze angenommen, „daß der Gesellschafter das Eigenthum übertragen habe und mit der Einlage des Werthes bei der Gesellschaft betheiligt sein, d. h. ein eventuelles Rückforderungsrecht auf diesen Werth begründen wolle.“ [13]) Diese Annahme ist aber nur gerechtfertigt, wenn die Schätzung zu dem Zwecke vorgenommen wird, um die Sache zu einem abstracten Werthobjecte zu machen,

---

9) v. Hahn, Comm. I. §. 1 zu Art. 91.

10) Vgl. v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 91; Thöl, H. R. I. §. 90; Lastig bei Endemann I. §. 85; Behrend, H. R. I. §. 68; Pollitzer in Allg. öftr. Ger. Ztg. Nr. 68—71 v. 1883.

11) Ung. H. G. §. 69 Abs. 1; bosn. §. 73 Abs. 1.

12) v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 91, dessen Anschauungen im Folgenden beigetreten wird (früher anders Pollitzer a. a. O., s. dagegen Behrend a. a. O. Note 19 und v. Hahn a. a. O. 4. Aufl. Note 4). — Vgl. Adler a. a. O. S. 102.

13) v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 91; vgl. R. O. H. G. X. S. 436.

nicht aber bei aus anderen Anlässen, z. B. behufs Vertheilung des Gewinnes oder Verlustes vorgenommenen Schätzungen.

Die Gesellschafter sind, außer es wäre von vornherein Anderes vereinbart[14]), nicht verpflichtet, die Einlage über den durch Vertrag festgesetzten Betrag zu erhöhen, oder die durch Verluste der Gesellschaft verminderte Einlage zu ergänzen (Art. 92).[15])

Das Gesetz bestimmt nicht, wann die Einlage zu geschehen habe; es entscheidet diesfalls der Gesellschaftsvertrag, und falls dieser keine diesbezügliche Vereinbarung enthält, das Handelsgewohnheitsrecht und in dessen Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht, nach welchem die Einlage „sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub" zu leisten ist (§. 904 a. b. G. B.). Ist ein Gesellschafter mit der Leistung seiner Einlage im Verzuge, so ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Geldeinlage oder eine andere Einlage handelt. In ersterem Falle ist der morose Gesellschafter — abgesehen von der Verpflichtung zum Ersatze des etwa entstandenen größeren Schadens und den übrigen rechtlichen Folgen der Mora — verpflichtet, von dem Tage ab, an welchem er hätte leisten sollen, Zinsen zu sechs Procent zu entrichten (Art. 95 u. 287).[16]) In letzterem Falle hat er für den Schaden, das Interesse und alle übrigen rechtlichen Folgen aufzukommen.

Der eingeworfene Barbetrag oder der ermittelte Schätzungswerth oder Gebrauchswerth der eingebrachten Sache ist die Höhe der Einlage. Von dieser so bemessenen Einlage werden nun jedem inferirenden Gesellschafter am Schlusse des ersten Geschäftsjahres vierprocentige Zinsen gutgeschrieben (Art. 106).[17]) Außerdem wird am Schlusse des Geschäftsjahres auf Grund des Inventars und der Bilanz die Höhe des im abgelaufenen Jahre im Geschäftsbetriebe erzielten Gewinnes bezw. eingetretenen Verlustes ermittelt (Art. 107).[18]) Uebersteigt der seitens der Gesellschaft erzielte Gewinn die Gesammtsumme der oben erwähnten den inferirenden Gesellschaftern gutgeschriebenen Zinsen, so wird der Ueber-

14) Dies kann im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich vereinbart werden, oder auch implicite in den den Beiträgen beigefügten Worten „zunächst" oder „für's Erste", oder „vorläufig" u. a. liegen, was quaestio facti ist, oder es kann im Gesellschaftsvertrage auch der Mehrheit der Gesellschafter überlassen werden, dies zu beschließen (v. Hahn, Comm. §. 4 zu Art. 92).

15) Ung. H. G. §. 70; bosn. §. 74.

16) Ung. H. G. §§. 73, 281; bosn. §§. 77, 301.

17) Die Höhe der Zinsen wurde hier anders als sonst im H. G. B. auf vier Procente herabgesetzt, da man annahm, daß der Betrieb vieler gesellschaftlicher Unternehmungen auch unter günstigen Verhältnissen keinen so hohen Gewinn abwürfe, daß nach Abzug von 6 Procent für die Einlagen noch ein genügender Rest zur Vertheilung übrig bliebe (Prot. S. 928, 1026). Es steht nichts im Wege, bei Aussicht auf hohen Gewinn den Zinsfuß vertragsmäßig zu erhöhen. Abweichend vom Art. 106 H. G. B. setzen die entsprechenden Paragraphe des ung. (§. 84) und des bosn. H. G. B. (§. 88) den Procentsatz der Zinsen für diesen Fall nicht fest, so daß für das Gebiet dieser beiden Gesetzbücher auch hier bei mangelnder Vertragsbestimmung sechsprocentige Zinsen gelten (§. 281 ung., §. 301 bosn. H. Ges.).

18) Vgl. ung. H. G. §. 85; bosn. §. 89.

schuß des Gewinnes über die Gesammtsumme der Zinsen — nach dem für die Gewinnvertheilung im Vertrage vereinbarten Maßstabe, in Ermangelung einer solchen vertragsmäßigen Vereinbarung nach Köpfen (Art. 109)[19]) getheilt — den einzelnen Gesellschaftern — also auch jenen, die keine Einlage machten — gutgeschrieben, d. i. für jene, die eine Einlage gemacht hatten, zugleich ihrer um die Zinsen vermehrten Einlage zugeschrieben. Erreicht der Gewinn nicht den Gesammtbetrag der gutgeschriebenen Zinsen, so wird der durch den Gewinn nicht gedeckte Betrag der Zinsen — nach dem im Vertrage für die Tragung des Verlustes vereinbarten Maßstabe[20]) bezw. nach Köpfen getheilt — jedem der Gesellschafter in dem sich ergebenden Ausmaße zur Last geschrieben. Ergibt sich am Schlusse des ersten Jahres weder Gewinn noch Verlust, so wird der Gesammtbetrag der gutgeschriebenen vierprocentigen Zinsen der Einlagen — wieder nach den für Tragung des Verlustes geltenden Vertragsbestimmungen, bezw. in deren Ermangelung nach Köpfen getheilt (Art. 109) — jedem der Gesellschafter in dem sich ergebenden Ausmaße zur Last geschrieben. Im Falle eines sich ergebenden Verlustes werden nicht nur diese Zinsen, sondern auch der Verlust — in obiger Weise getheilt — allen Gesellschaftern zur Last geschrieben. Der Betrag, um welchen die Summe der in obiger Weise dem einzelnen Gesellschafter gutgeschriebenen Beträge jene der ihm zur Last geschriebenen übersteigt, bildet den Ueberschuß, Activsaldo, des einzelnen Gesellschafters. Uebersteigt umgekehrt die Summe der zur Last geschriebenen Beträge die Summe der gutgeschriebenen, so ergibt sich für den Gesellschafter ein Passivsaldo.[21]) Von diesem Activsaldo werden dem einzelnen Gesellschafter am Schlusse des zweiten Geschäftsjahres vier Procent Zinsen gutgeschrieben und dem Activsaldo zugeschrieben.[22]) Was der Gesellschafter auf Grund des Art. 108 Abs. 2 im Laufe des zweiten Rechnungsjahres auf die ihm im ersten Jahre gutgeschriebenen Zinsen und auf den Gewinnantheil des ersten Jahres (d. i. also auf Rechnung seines am Schlusse des ersten Jahres resultirenden Activsaldo) dem Gesellschaftsvermögen entnommen hat, wird ihm nebst sechsprocentigen Zinsen (Art. 287) zur Last geschrieben.

---

19) Daß der Gewinn bezw. der Verlust unter die Gesellschafter nach Köpfen zu theilen ist, ordnete das ung. und bosn. H. G. B. unter Einem mit der Ermittelung und Gut- oder Abschreibung des jährlichen Gewinnes oder Verlustes an (vgl. die in Note 18 cit. §. 85 des ung., §. 89 des bosn. H. Ges.).

20) Es kann im Vertrage für die Tragung des Verlustes ein anderer Maßstab als für die Betheiligung am Gewinne der Gesellschaft festgesetzt sein (vgl. v. Hahn, Comm. I. §. 5 zu Art. 109).

21) Ein solcher Passivsaldo kann eintreten, wenn der betreffende Gesellschafter entweder überhaupt keine Einlage gemacht hatte, oder bedeutend kleinere, als die übrigen Gesellschafter, den Verlust der Gesellschaft aber zu gleichen Theilen mit den übrigen Gesellschaftern oder wenigstens nicht zu einem geringeren mit seiner Einlage im Verhältniß stehenden Antheile zu tragen hatte, und die Gesellschaft mit Verlust oder nur mit so kleinem Gewinne gearbeitet hatte, daß dieser den Zinsenbetrag nicht erreichte (v. Hahn, Comm. I. Vorbemerkung zu Art. 106 bis 109, §. 12), für die ganze Gesellschaft entsteht ein Passivsaldo durch Ueberschuldung.

22) Der Activsaldo hat hier die Rolle der Einlage des ersten Jahres.

Sodann wird wieder wie am Schlusse des ersten Jahres mit dem Gewinn- und Verlustantheile verfahren, wodurch sich dann der Activ- oder Passivsaldo des einzelnen Gesellschafters am Ende des zweiten Jahres ergibt. Dasselbe Verfahren wird im dritten und allen folgenden Jahren beobachtet. Rücksichtlich des etwa sich ergebenden Passivsaldo eines Gesellschafters ist noch Einiges zu bemerken: „Ist die Gesellschaft nicht überschuldet, so stellt sich der Passivsaldo eines Gesellschafters als eine Schuld an die anderen Gesellschafter, welche einen Activsaldo haben, heraus, und zwar hat jeder derselben in demjenigen Verhältnisse einen Antheil an dieser Forderung, in welchem sein Activsaldo zu der Gesammtsumme der Activsaldi aller Gesellschafter steht. Diese Forderung kann aber weder, so lange die Gesellschaft besteht, realisirt werden, noch kann das Vorhandensein des Passivsaldo einen von den übrigen Gesellschaftern geltend zu machenden Grund der Auflösung der Gesellschaft oder des Ausschlusses aus derselben bilden. Es würde dies, da ja der Passivsaldo eine Wirkung des Gesellschaftsbetriebes ist, gegen den Gesellschaftsvertrag verstoßen und insbesondere dem im Art. 92 H. G. B. ausgesprochenen Grundsatze zuwiderlaufen“ [23]), daß kein Gesellschafter — abgesehen von anderer Vertragsvereinbarung — verpflichtet ist, seine Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen oder die durch Verluste verminderte Einlage zu ergänzen. Nur durch einen neuen Vertrag sämmtlicher Gesellschafter könnte eine Erhöhung oder Ergänzung der Einlage vereinbart werden, aber ein solcher neuer Vertrag kann nur durch Willensübereinstimmung sämmtlicher Gesellschafter vereinbart werden, und ein Zwang gegen einen widersprechenden Gesellschafter besteht aber auch dann nicht, wenn ohne Erhöhung oder Ergänzung der Einlage der Gesellschaftszweck nicht mehr erreicht werden könnte.[24]) „Eine Verpflichtung zur Verzinsung des Passivsaldo kennt das Gesetzbuch nicht“ [25]), da der Passivsaldo sich aus dem Geschäftsbetriebe ergibt, keine während des Gesellschaftsbestandes einklagbare Forderung ist, und ein Verzug sohin nicht vorliegt, so daß Art. 95 H. G. B.[26]) hier nicht zur Anwendung kommen kann. Andererseits können dem mit einem Passivsaldo belasteten Gesellschafter keine Zinsen gutgeschrieben werden, da es an einem Objecte hiezu fehlt; wohl aber participiert dieser Gesellschafter an Gewinn und Verlust der Gesellschaft je nach dem Vertrage oder nach dem ihn nach dem Gesetze (d. i. nach Köpfen gerechnet, Art. 109) treffenden Antheile. Wenn durch gutgeschriebenen Gewinn das Passivsaldo gedeckt wird, und sich ein Activsaldo bildet, so werden von diesem Betrage wieder die vierprocentigen Zinsen gutgeschrieben und es beginnt dann vom Neuen die oben dargestellte Antheilberechnung.

Sowie der Gesellschafter einerseits außer dem Falle eines Ueber-

23) v. Hahn, Comm. I. Vorbemerk. zu Art. 106—109, §. 13; denselben Grundsatz wie Art. 92 H. G. B. enthalten §. 70 des ung. und §. 74 des bosn. H. Ges.

24) Anders §. 1189 a. b. G. B.

25) v. Hahn, Comm. I. §. 13 der Vorbemerk. zu Art. 106—109.

26) Ung. H. G. §. 73; bosn. §. 77.

einkommens weder zu einer Erhöhung noch zu einer Ergänzung seiner Einlage verhalten werden kann, und überhaupt ohne vertragsmäßig übernommene Verpflichtung nicht zur Leistung einer Einlage verpflichtet ist[27]), so darf er andererseits ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter seine Einlage bezw. seinen Activsaldo nicht vermindern (Art. 108)[28]), ja sogar nicht einmal erhöhen, noch darf er eine nicht vertragsmäßig bedungene Einlage machen.[29])

III. In Angelegenheiten der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter zu dem Fleiße und jener Sorgfalt verpflichtet, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, und haftet der Gesellschaft für allen durch sein Verschulden entstandenen Schaden, ohne hiegegen die Vortheile in Compensation bringen zu können, welche er der Gesellschaft in anderen Fällen durch seinen Fleiß verschafft hat (Art. 94).[30]) Es ist aber selbstverständlich, daß dies nicht auf den Fall Anwendung finden kann, wenn ein und dasselbe Geschäft eines Gesellschafters der Gesellschaft einerseits Vortheil, andererseits Nachtheil gebracht hat, da jedes Geschäft für sich als ein Ganzes aufgefaßt werden muß, und da sich bei einem Geschäfte, das theils Nutzen, theils Nachtheil gebracht, eben erst aus der Vergleichung von Vortheil und Schaden ergibt, ob dasselbe Gewinn oder Verlust gebracht hat.

IV. Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, für die Gesellschaft eingenommene Gelder rechtzeitig, d. i. ohne Verzug (§. 904 a. b. G. B.), in die Gesellschaftscasse abzuliefern, und im Verzugsfalle von dem Tage ab, an welchem die Ablieferung hätte geschehen sollen, Zinsen u. z. sechs vom Hundert (Art. 287) zu entrichten (Art. 95).

V. Ein Gesellschafter darf auch ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter Gelder bis zum Betrage der Zinsen des letztverflossenen Jahres und, soweit es nicht zum offenbaren Nachtheile der Gesellschaft gereicht, bis zum Betrage seines Gewinnantheiles aus der Gesellschaftscasse entnehmen (Art. 108). Für solche befugter Weise entnommene Gelder werden ihm am Schlusse des betreffenden Geschäftsjahres vier Procent (Art. 106), für unbefugt d. i. gegen die Bestimmungen des Art. 108 („ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter") entnommene Gelder aber sechs Procent (Art. 95), vom Tage ihrer Herausnahme an gerechnet, zu Last geschrieben.

---

27) Arg. Art. 92, 95 (ung. H. G. §§. 70, 73; bosn. §§. 74, 77). Aber auch ganz ohne Vermögenseinlagen kann eine offene Handelsgesellschaft bestehen. Der Mangel einer diesbezüglichen Bestimmung macht den Gesellschaftsvertrag nur dann ungiltig, wenn die Gesellschaft erwiesenermaßen auf Einlagen gegründet werden sollte, ihre Höhe aber nicht bestimmt wurde (R. O. H. G. IX. S. 38 ff.; Behrend, H. R. I. §. 68, Nr. II, lit. b u. Note 8).

28) Ung. H. G. §. 86; bosn. §. 90.

29) Behrend, H. R. I. §. 68 Nr. II. lit. d.

30) Protokolle S. 180; vgl. ung. H. G. §. 72, bosn. §. 76. Dasselbe gilt nach §. 1191 a. b. G. B. für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, jedoch mit der Ausnahme, daß dann eine Compensation von Nutzen und Schaden stattfinden kann, wenn ein Gesellschafter durch ein eigenmächtig unternommenes neues Geschäft der Gesellschaft einerseits Schaden, andererseits Nutzen verursacht hat.

VI. Ebenso kann umgekehrt der Gesellschafter für der Gesellschaft vorgeschossene Gelder vom Tage des geleisteten Vorschusses an Zinsen und zwar nach Art. 287 sechs vom Hundert beanspruchen (Art. 93 Abs. 2). Für Auslagen, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten machte, für die Verbindlichkeiten, die er rechtmäßigerweise wegen derselben übernahm, und für die Verluste, die er unmittelbar aus seiner Geschäftsführung aus den mit derselben unzertrennlich verbundenen Gefahren für sein Vermögen oder für seine Person erlitt, kann der Gesellschafter von der Gesellschaft Ersatz verlangen (Art. 93 Abs. 1), eine Vergütung für die Bemühungen bei dem Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte steht dem Gesellschafter nicht zu (Art. 93 Abs. 3), außer es wäre diesbezüglich eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage getroffen worden, was insbesondere dann der Fall zu sein pflegt, wenn die Geschäftsführung nur Einem oder mehreren der Gesellschafter, nicht allen überlassen ist.[31])

VII. Ein neuer Gesellschafter — selbst ein stiller Gesellschafter[32]) — darf nur mit Einwilligung sämmtlicher Gesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen werden (Art. 98)[33]); es kann jedoch im Gesellschaftsvertrage diesbezüglich Anderes bestimmt sein, wie z. B. daß die Gesellschaft vererblich sein soll[34]), oder daß die Erben eines verstorbenen Gesellschafters einen Miterben als Gesellschafter präsentiren können[35]), in welchen Fällen die Aufnahme bestimmter neuer Mitglieder im Vertrage implicite genehmigt wird. Wohl aber dürfte es als dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft widersprechend nicht zulässig sein, daß sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage zur Aufnahme einer ganz unbestimmten Person verpflichten. Das Recht des Gesellschafters an dem Activsaldo ist persönliches Eigenthumsrecht; es ist daher möglich, daß er über dieses sein persönliches Eigenthumsrecht, sein sog. Antheilsrecht, frei verfüge, seinen Antheil veräußere oder sonstwie einem Dritten ein Recht daran (oder an seinem Gewinne) gewähre. Hiedurch tritt aber der Dritte (socius admissus) nur zu dem Gesellschafter, der ihm solches Recht einräumt (socius, qui admisit) in ein rechtliches Verhältniß, das sich nach dem Inhalte der diesbezüglich zwischen Beiden getroffenen Vereinbarungen bestimmt[36]), nicht aber zur Gesellschaft. Auch tritt er hiedurch nicht etwa in die Gesellschaft ein, wenn er auch ein Recht auf Cession der Klage erwirbt, die er als Cessionar des socius, qui admisit, durchführen kann. Es dürfte aber auch nicht zulässig sein, daß die Gesellschafter sich im vorhinein im Gesellschaftsvertrage verpflichten, einen solchen — zur Zeit noch ganz unbestimmten — Cessionar als Gesellschafter an Stelle des Cedenten aufzunehmen, da dies dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft widerspräche.

---

31) Dem Art. 93 H. G. B. entspricht §. 71 des ung. u. §. 75 des bosn. H. Ges. Nach diesen Gesetzen ist eine Vergütung für den Arbeit inferirenden Socius (ev. gerichtlich) zu berechnen (§. 84 ung., §. 88 bosn. H. G.).

32) R. O. H. G. XIII. S. 64.

33) §. 76 ung. und §. 80 bosn. H. G. B.; vgl. §. 1186 a. b. G. B.

34) Behrend, H. R. I. §. 67 Note 16.

35) R. G. II. S. 33.

36) v. Hahn, Comm. I. §. 5 zu Art. 98.

VIII. Aehnlich wie für die Procuristen und Handlungsbevollmächtigten (Art. 56)[37]), und wie für die Handlungsgehilfen (Art. 59)[38]) stellt das Handelsgesetzbuch in Art. 96[39]) auch für die Gesellschafter das Verbot auf ohne Genehmigung der übrigen Gesellschafter für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten in dem Handelszweige der Gesellschaft[40]) Geschäfte zu machen oder sich an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter zu betheiligen; nur daß hier das Verbot sich auf mit dem Gesellschaftsgeschäftszweige gleichartige Geschäfte bezieht, während dem Procuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehilfen überhaupt jedes Geschäft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten verboten ist.[41]) Die Genehmigung seitens der Gesellschafter kann auch hier wie bei den Procuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehilfen ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Das Gesetz erwähnt zwar nur einen Fall der stillschweigenden Zustimmung, nämlich jenen, daß es den übrigen Gesellschaftern bereits beim Eingehen der Gesellschaft bekannt war, daß der Gesellschafter an einer anderen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter theilnehme, und gleichwohl das Aufgeben der Theilnahme nicht ausdrücklich bedungen wurde (Art. 96 Abs. 2); doch ist zweifellos anzunehmen, daß das Gesetz ebendasselbe rücksichtlich des Betriebes von Geschäften des Handelszweiges der Gesellschaft gelten läßt, zumal ja auch rücksichtlich der Procuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehilfen, denen doch jeder anderweitige Geschäftsbetrieb, nicht bloß, wie den offenen Handelsgesellschaftern, der Betrieb gleichartiger Geschäfte untersagt ist, analoge Normen enthält (Art. 56, 59), und nicht anzunehmen ist, daß das Gesetzbuch die offenen Handelsgesellschafter in dieser Hinsicht mehr beschränken wollte, als die oben erwähnten Personen. Auch im vorliegenden Falle steht es den übrigen Gesellschaftern frei, in das betreffende Geschäft selbst als Contrahenten einzutreten oder Schadenersatz zu verlangen (Art. 97 Abs. 1).[42]) Zugleich kann auf Grund der Uebertretung dieses Concurrenzverbotes durch einen Gesellschafter auch die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft (Art. 125 Z. 3)[43]) oder die Ausschließung des zuwiderhandelnden Socius verlangt werden (Art. 128).[44]) Der über die Wirkung der Verbotsübertretung entscheidende Gesellschaftsbeschluß kommt durch Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter mit Ausnahme des zuwiderhandelnden Gesellschafters, der im vorliegenden Falle selbstverständlich keine Stimme hat[45]), zustande. Das Selbsteintrittsrecht oder der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft erlischt drei Monate von dem Zeitpunkte an gerechnet, in

37) Ung. H. G. §. 53; bosn. §. 56.

38) Vgl. Art. 64 Z. 2; ung. H. G. B. §. 59 Z. 2; bosn. §. 63 Z. 2.

39) Ung. H. G. §. 74; bosn. §. 78.

40) Nur der Betrieb gleichartiger Geschäfte, nicht auch anderer, ist dem Gesellschafter untersagt (Prot. S. 184).

41) Wohl aber kann ein solcher Gesellschafter an einer anderen Unternehmung als stiller Gesellschafter oder Actionär theilnehmen (Prot. S. 988).

42) Ung. H. G. §. 75 Abs. 1; bosn. §. 79 Abs. 1. [§. 104 Z. 3.

43) Ung. H. G. §. 100 Z. 3; bosn.

44) Ung. H. G. §. 103; bosn. §. 107.

45) Prot. S. 188.

welchem diese zur Kenntniß des Geschäftsabschlusses gelangt war (Art 97, Abs. 2).[46])

§. 49.

C. Verwaltung der gesellschaftlichen Angelegenheiten.

(Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft.)[1])

I. Die Verwaltung irgend eines Vermögens, sohin auch die Verwaltung des gesellschaftlichen Vermögens bringt den Verwalter in eine juristisch bedeutsame Doppelstellung, indem er einerseits Rechte und Pflichten gegenüber Demjenigen hat, dessen Vermögen er verwaltet, und andererseits zu dritten Personen in Rechtsverhältnisse tritt. Die Thätigkeit des Verwalters[1a]) des Gesellschaftsvermögens bringt diesen nicht nur in ein Rechtsverhältniß zu den Gesellschaftern bezw. Mitgesellschaftern, sondern auch zu Dritten außerhalb der Gesellschaft stehenden Personen. Es ist hier daher zweierlei in Betracht zu ziehen: 1. zu welchen Verwaltungshandlungen ist der das Gesellschaftsvermögen verwaltende Gesellschafter oder Dritte den Mitgesellschaftern bezw. Gesellschaftern gegenüber berechtigt, und welche Pflichten legt ihm das Verhältniß zu den Gesellschaftern bezw. Mitgesellschaftern in dieser Hinsicht auf, und 2. welche rechtliche Wirkung hat seine nach außenhin gehende Verwaltungsthätigkeit für die Gesellschaft und für dritte Personen? Beide Arten von Verwaltungsacten scheidet das Handelsgesetzbuch, indem es jenes innere Rechtsverhältniß als Geschäftsführung und das äußere als Vertretung bezeichnet.[2]) Geschäftsführung und Vertretung zusammen bilden die Verwaltung des gesellschaftlichen Vermögens, ohne aber nothwendig die innere oder äußere Seite desselben Begriffes der Verwaltung zu sein. Diese erscheint vielmehr als der höhere Begriff, der Geschäftsführung und Vertretung als

---

46) Ung. H. G. §. 75 Abs. 2; bosn. §. 79 Abs. 2.

1) Vgl. außer den Comm. u. Handb. des H. R. noch v. Górski, Geschäftsführung und Vertretung der off. Handelsgesellschaft (1888); Geiger in Ztschr. f. H. R. XXXIX. S. 435 ff.; XL. S. 130 ff.; Merfeld ebenda XLI. S. 76 ff.; Lebrecht in Gruchot's Beitr. XXXVII. S. 872 ff.; Plathner ebenda S. 68 ff.

1a) Dieser muß nicht gerade ein Gesellschafter sein; auch einem Nicht-Gesellschafter kann die Verwaltung der Gesellschaft (Geschäftsführung oder Vertretung oder beides) übertragen werden (v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 100 und §. 7 zu Art. 115).

2) So spricht das H. G. B. in dem Abschnitte über das innerrechtliche Verhältniß der Gesellschafter nie von Vertretung, sondern stets nur von Geschäftsführung (Art. 99—105), dagegen in dem Abschnitte über das Rechtsverhältniß der Gesellschaft zu dritten Personen ausschließlich nur von Vertretung, nie von Geschäftsführung (Art. 114—118). In einer weiteren auch die Vertretungsbefugniß mit umfassenden Bedeutung dürfte das Wort „Geschäftsführung" in Art. 93 Abs. 1, 105 Abs. 2, 125 Z. 2, 140, 193, 225, 234 H. G. B., sowie in Art. 223 und 235 neuer Fassung nach dem deutschen Ges. v. 18. Juli 1884 gebraucht sein (vgl. §§. 77—83, 90—94, 71 Abs. 1, 83 Abs. 2, 100 Z. 2, 115, 195, 193 ung. und 81—86, 94—98, 75 Abs. 1, 104 Z. 2, 119, 210, 206 bosn. H. G. B., wo in §. 87 Abs. 2, welcher dem Art. 105 Abs. 2 H. G. B. entspricht, „Geschäftsgebarung" statt „Geschäftsführung" gebraucht wird). Vgl. v. Górski a. a. O. S. 7 und 8, insbes. Note 2 auf S. 7.

selbständige juristische Begriffe in sich faßt, und es ist begrifflich nicht einmal nothwendig, daß der zur Geschäftsführung Befugte auch vertretungsberechtigt sei und umgekehrt, wenngleich es praktisch kaum vorkommen dürfte, daß der zur Geschäftsführung Befugte nicht vertretungsberechtigt sei.[3])

II. Die Geschäftsführung umfaßt alle auf den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bezüglichen Handlungen, soweit hiebei das Verhältniß des Geschäftsführers zu den Gesellschaftern bezw. Mitgesellschaftern in Betracht kommt, also nicht bloß Rechtsgeschäfte, sondern auch thatsächliche Leistungen.[4]) Die Berechtigung zur Geschäftsführung, sowie deren Umfang ergeben sich wieder in erster Linie aus dem Gesellschaftsvertrage, welchem gegenüber die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Art. 99—105 nur den Charakter von Ergänzungen oder Subsidiarnormen tragen. Dem Wesen der Handelsgesellschaft entsprechend sind, im Falle der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Bestimmungen enthält, ex lege (Art. 102)[5]) alle Gesellschafter zum Betriebe der Geschäfte des Handelsgewerbes der Gesellschaft gleichmäßig berechtigt und verpflichtet. Jeder Gesellschafter ist diesfalls, ohne daß es erst eines Beschlusses der Gesellschaft bedürfte, zur Vornahme aller jener Handlungen berechtigt und verpflichtet, welche der gewöhnliche Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes mit sich bringt. Bei Widerspruch auch nur eines der Gesellschafter gegen die beabsichtigte Vornahme der fraglichen Handlung muß diese unterbleiben (Art. 102 Abs. 2). Würde diese Handlung dennoch vorgenommen, so wäre dem widersprechenden Gesellschafter Schadenersatz zu leisten. Die Unterlassung einer an sich zweckmäßigen und den Interessen der Gesellschaft förderlichen Handlung, macht den betreffenden Gesellschafter, der sich hiemit einer Vernachlässigung der ihm vorgeschriebenen Sorgfalt (Art. 94)[6]) schuldig macht, indem er Mangels dieser Sorgfalt die Zweckmäßigkeit der Handlung bei deren Prüfung nicht erkannte oder, obwohl er sie erkannte, die Handlung doch unterließ, für den der Gesellschaft hiedurch entstandenen Schaden verantwortlich.[7]) Das Widerspruchrecht kann sich nicht auf Handlungen beziehen, zu welchen die Gesellschaft verpflichtet ist, z. B. Zahlung einer fälligen Schuld[8]), und auch nicht auf etwaige gesetzlich oder vertragsmäßig begründete Ansprüche der Gesellschaft gegen den widersprechenden Gesellschafter, z. B. auf Zahlung der Einlage. Wegen chikanösen Mißbrauches des Widerspruchsrechtes seitens eines Gesellschafters kann auf Grund des Art. 125[9]) die Auflösung der Gesellschaft verlangt bezw. vom Richter ausgesprochen werden.

Zur Bestellung eines Procuristen bedarf es der Einwilligung sämmt-

3) v. Hahn, Comm. I. Vorbem. zu Art. 99—104, §. 2 Note 1. Für die Gerichtspraxis ist zu verweisen auf die Entscheidungen in Busch, Arch. II. S. 173, XV. S. 107. — A. A. Lastig in Endemann's Hdb. I. §. 86 (S. 358).

4) v. Hahn, Comm. I. Vorbem. zu Art. 99—104 §. 2; v. Górski a. a. O. S. 45.

5) Ung. H. G. §. 80; bosn. §. 84.

6) Ung. H. G. §. 72; bosn. §. 76.

7) Vgl. hiezu v. Hahn, Comm. I. Vorbem. zu Art. 99—104, §. 9.

8) Prot. S. 989 ff.

9) Ung. H. G. §. 100; bosn. §. 104.

licher Gesellschafter (Art. 104)[10]), wogegen der Widerruf der Procura von jedem zur Ertheilung der Procura berechtigten Gesellschafter erfolgen kann (Art. 104).[11])

Ist dagegen die Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrage oder in einer späteren den Grundvertrag abändernden oder ergänzenden Verabredung[12]) einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so schließen diese die übrigen Gesellschafter aus und sind ungeachtet des Widerspruches der übrigen Gesellschafter zu allen Handlungen berechtigt, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt (Art. 99)[13]); jedoch ist bei der Uebertragung der Geschäftsführung an mehrere zu unterscheiden, ob die Geschäftsführung diesen Gesellschaftern ohne Beschränkung oder collectiv übertragen wurde. In ersterem Falle gelten alle nebeneinander als selbständige Geschäftsführer und können als solche ein Jeder unabhängig vom Anderen handeln. Doch steht auch hier jedem geschäftsführenden Gesellschafter das Widerspruchsrecht zu, und es muß im Falle des Widerspruches eines Geschäftsführers die betreffende Handlung unterbleiben. Ist ihnen die Geschäftsführung collectiv übertragen, so können sie nur im gegenseitigen Einvernehmen, d. h. der Eine nicht ohne die Anderen handeln, ausgenommen den Fall, wenn Gefahr im Verzuge ist (Art. 100).[14])

Da die Geschäftsführung nur zu Handlungen, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, berechtigt (Art. 99)[15]), so bedarf es zur Vornahme von Handlungen, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, oder dem Zwecke der Gesellschaft fremd sind, der Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter, widrigenfalls die betreffende Handlung zu unterbleiben hat (Art. 103).[16])

Die im Gesellschaftsvertrage oder in einer späteren Verabredung übertragene Geschäftsführung kann nicht ohne rechtmäßige Ursache widerrufen werden, deren Beurtheilung dem Ermessen des Richters überlassen bleibt (Art. 101).[17]) Insbesondere aber kann der Widerruf erfolgen wegen Unredlichkeit eines Gesellschafters bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung, wegen Nichterfüllung der dem geschäftsführenden Gesellschafter obliegenden Pflicht, wegen Mißbrauch der Firma oder des Vermögens der Gesellschaft zu Privatzwecken, oder wegen Unfähigkeit des Geschäftsführers infolge anhaltender Krankheit oder infolge anderer Ur-

10) Ung. H. G. §. 82; bosn. §. 86.

11) Ung. H. G. §. 82; bosn. §. 86. — Wenn nur ein Geschäftsführer ernannt ist, so steht diesem das Recht auf Bestellung eines Procuristen zu; ein zur Vertretung nicht berechtigter Socius kann dagegen nicht Einsprache erheben (Nowak, IV. Abth. IV. Nr. 161). Ein Gesellschafter kann nicht Procurist der off. H. Gesellschaft sein (v. Völderndorff in Busch's Arch. I. 147, 148).

12) v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 99. — Im ung. (§. 80) und bosn. H. G. B. (§. 84) ist das spätere, den Grundvertrag eventuell modificirende Uebereinkommen ausdrücklich erwähnt.

13) Ung. H. G. §. 77; bosn. §. 81.

14) Ung. H. G. §. 78; bosn. §. 82.

15) Ebenso ung. H. G. §. 77; bosn. §. 81.

16) Ung. H. G. B. §. 81; bosn. §. 85.

17) Ung. H. G. §. 79; bosn. §. 83. Vgl. Literatur in Note 1.

sachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft (Art. 101, 125 Z. 2—5).[18])

Jedem Gesellschafter, nicht nur dem geschäftsführenden, auch dem nichtgeschäftsführenden oder von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, ist vom Gesetze (Art. 105)[19]) ein bestimmtes Recht der Controle über die Geschäftsführung eingeräumt. In Ausübung dieses Rechtes kann jeder Gesellschafter sich persönlich über den Gang der Gesellschaftsgeschäfte informiren, jederzeit in das Geschäftslocale kommen, die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen und sich auf ihrer Grundlage zu seiner eigenen Orientirung eine Bilanz anfertigen. Wohl kann der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage auf dieses Recht der Controle verzichten, wohl kann dieses Controlsrecht im Gesellschaftsvertrage anders — d. i. mit engerer Umgrenzung normirt sein —, aber ein diesbezüglicher Verzicht oder eine derartige vertragsmäßige Beschränkung werden wirkungslos, wenn eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird, welche Bestimmung einem Vertrauensverhältnisse, wie das gesellschaftliche ist, entsprechend und angemessen ist.[20]) Es ist aber — um nicht etwa Anlaß zu Mißverständnissen zu geben — im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, ob dem Gesellschafter das Recht zustehe in diesem Falle auch Rechnungslegung zu verlangen, ohne daß jedoch hiedurch die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebende Verpflichtung des Geschäftsführers, über die von ihm vorgenommenen einzelnen Geschäfte Aufklärung und Rechenschaft zu geben, noch auch im Falle ungenügender Buchführung die Pflicht zu allgemeiner Rechnungsführung ausgeschlossen werden sollte.[21])

III. Als Vertreter der offenen Handelsgesellschaft erscheinen in erster Linie alle Gesellschafter (arg. a contr. Art. 115)[22]), sofern nicht der Eine oder Andere, oder Alle[23]) von dieser Befugniß ausgeschlossen sind, was im Gesellschaftsvertrage oder in einer nachträglichen Vereinbarung angegeben sein muß (Art. 86 Z. 4)[24]), oder sofern nicht diese Befugniß nachträglich aufgehoben wurde (Art. 115).[25]) Diese Umstände sind zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (Art. 86, 87).[26]) Bezüglich der Wirksamkeit der Ausschließung von der Vertretungsbefugniß oder der Aufhebung derselben Dritten gegenüber gelten die oben rücksichtlich der Geltendmachung des Erlöschens der Procura (s. oben §. 37) dargestellten Grund-

---

18) Ung. §§. 79, 100 Z. 2—5; bosn. §§. 83, 104 Z. 2—5.

19) Ebenso ung. H. G. B. §. 83; bosn. §. 87.

20) v. Stubenrauch, Oestr. H. R. §. 79 Nr. 6.

21) v. Hahn, Comm. I. zu Art. 105; Prot. S. 195.

22) Ung. H. G. §. 91; bosn. §. 95. — Das H. G. B. normirt in Gesellschaftssachen nur eine Vertretung der Gesellschaft in ihrer Gesammtheit, nicht aber der einzelnen Gesellschafter als solcher (R. G. II. S. 32). — Ueber die Befugnis zur Vertretung ausländischer Handelsgesellschaften entscheidet das am Orte ihres Sitzes geltende Recht (R. O. H. G. II. S. 41, XV. S. 426), falls sie nicht eine Zweigniederlassung im Inlande haben (Behrend H. R. I §.72 Note 3).

23) v. Hahn, Comm. I. §. 7 zu Art. 115.

24) Ebenso ung. H. G. B. §. 65 Z. 4; bosn. §. 69 Z. 4.

25) Ung. H. G. §. 91; bosn. §. 95.

26) Ung. H. G. §. 66; bosn. §. 70. — Vgl. Anschütz in Busch's Arch. X. S. 88 ff.

säte. Die Vertretung kann aber auch einem oder mehreren Gesellschaftern ausdrücklich übertragen werden (Art. 86 Z. 4 und Art. 115)[27]), oder auch mehreren Gesellschaftern als Collectivvertretung, d. h. so, daß sie nur gemeinsam befugt sind, die Gesellschaft zu vertreten, was nicht als eine nach Art. 116 H. G. B.[28]) unwirksame Beschränkung des Umfanges der Vertretungsbefugniß, sondern nur als Ausschluß von der Befugniß, die Gesellschaft allein zu vertreten, anzusehen ist, weshalb auch hier rücksichtlich der Wirksamkeit Dritten gegenüber dieselben Voraussetzungen gelten, wie beim Ausschlusse von der Vertretung überhaupt, d. h. wie bei der Geltendmachung des Erlöschens der Procura Dritten gegenüber.[29]) Es kann aber auch ein Nichtgesellschafter zum Vertreter bestellt werden, sei es daß einem Procuristen die Befugnisse erweitert werden oder daß ein Bevollmächtigter bestellt wird; aber ein Vertrag der Gesellschafter mit Nichtgesellschaftern, z. B. den Gesellschaftsgläubigern, „daß erstere die Vertretung der Gesellschaft einer bestimmten Person ausschließlich überlassen und selbst jeder Disposition sich enthalten, ist Dritten gegenüber unwirksam.“[30])

Ihrem Umfange nach ist die Vertretungsbefugniß des Vertreters der Gesellschaft eine unbeschränkte; derselbe ist berechtigt, alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vorzunehmen, mögen dieselben dem Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft angehören oder nicht, mögen sie Handelsgeschäfte sein oder nicht; er ist insbesondere berechtigt, die der Gesellschaft gehörigen Grundstücke zu veräußern und zu belasten (Art. 114).[31]) Eine Beschränkung des Umfanges oder der Dauer der Vertretungsbefugniß hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung, insbesondere ist es unzulässig, die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften zu beschränken, oder zu normiren, daß dieselbe „nur unter gewissen Umständen oder an einzelnen Orten stattfinden soll“ (Art. 116).[32]) Insbesondere ist der Vertretungsbefugte zur Vertretung der Gesellschaft vor Gericht, sowie zur Empfangnahme von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft (Art. 117)[33]), sowie zur Ertheilung oder Aufhebung der Procura berechtigt (Art. 118).[34]) Zeitlich entsteht die Vertretungsbefugniß aller Gesellschafter sowie der im Gesellschaftsvertrage als Vertreter bestellten Gesellschafter mit dem Tage der Entstehung der Gesellschaft, d. i. Dritten

27) Ebenso nach ung. (§§. 65 u. 91) und bosn. H. G. B. (§§. 69 u. 95).

28) Ung. H. G. §. 92, bosn. §. 96.

29) v. Hahn, Comm. I. §. 8 zu Art. 115.

30) v. Hahn, Comm. I. §. 7 zu Art. 115, insbes. auch Note 5.

31) Ung. H. G. B. §. 90; bosn. §. 94.

32) Ung. H. G. B. §. 92; bosn. §. 96. Der erläuternde Zusatz des H. G. B. (Art. 116), daß insbesondere die Beschränkung unzulässig ist, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecke, oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder zeitlich oder örtlich beschränkt ausgeübt werden könne, findet sich im ung. u. bosn. H. G. nicht, ist jedoch in dem allgemeinen Satze der bezüglichen Gesetzesstellen inbegriffen.

33) Ung. H. G. §. 93; bosn. §. 97. — Vgl. Erk. bei Nowak VI., IV. Abth. Nr. 369.

34) Ebenso ung. H. G. §. 94; bosn. §. 98.

gegenüber mit dem Tage der Eintragung derselben in das Handelsregister (Art. 110)[35]), für die durch späteren Vertrag bestellten Vertreter mit dem Tage der Anmeldung dieser Vereinbarung zum Handelsregister (Art. 87)[36]), und sie endigt mit dem Aufhören der Gesellschaft, bezw. für den zum Vertreter bestellten Procuristen mit der Endigung seiner Procura[37]), und für einen durch Vollmacht zum Vertreter bestellten Dritten mit Widerruf oder Endigung der Vollmacht (Art. 54). Der Widerruf der Procura wie der Vollmacht kann rechtsgiltig durch einen Gesellschafter geschehen, und auf das Recht des Widerrufes kann mit Wirkung gegen Dritte nicht verzichtet werden.[38])

Durch die von dem befugten Vertreter im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte wird die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet, gleichgiltig, ob das Geschäft mit Gebrauch der Firma der Gesellschaft abgeschlossen wurde oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem übereinstimmenden Willen der Contrahenten (des Gesellschafters wie des Dritten) für die Gesellschaft geschlossen werden sollte (Art. 114).[39])

Insoweit die auf die Vertretung bezüglichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches (Art. 114—118)[40]) nicht selbst im Einzelnen eine anderweitige Normirung durch Vertrag zulassen, sind sie, im Gegensatze zu den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Geschäftsführung, wie alle das Verhältniß der Gesellschaft nach außen hin betreffenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches leges cogentes, zwingendes Recht.

Die im Vorstehenden erörterten Bestimmungen gelten auch für den Nicht-Gesellschafter, dem die Geschäftsführung übertragen ist (s. oben S. 159, Anm. 1).

§. 50.

D. Stellung der Gesellschaft nach außen im Allgemeinen.

Indem die Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, vor Gericht klagen und geklagt werden kann (Art. 111)[1]), tritt sie in rechtliche Beziehungen und Verhältnisse zu

35) Ebenso ung. H. G. §. 87; bosn. §. 91.

36) Ebenso ung. H. G. §. 66; bosn. §. 70.

37) d. i. nach Art. 54 H. G. B. durch Widerruf, unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnisse. Während es in Art. 54 H. G. B. heißt, daß der Tod des Principals (d. i. hier die Auflösung einer Handelsgesellschaft) das Erlöschen der Procura oder Handlungsvollmacht nicht zur Folge hat, ist im ung. (§. 51) und bosn. H. G. (§. 54) dieser Grundsatz nur rücksichtlich der Procura ausgesprochen, während bezüglich der Handlungsvollmacht angeordnet wird, daß sie nur dann mit dem Tode des Principals erlösche, wenn sie ausdrücklich nur auf Lebenszeit des letzteren ertheilt wurde.

38) v. Hahn, Comm. I. §. 7 zu Art. 115.

39) Ebenso ung. H. G. B. §. 90; bosn. §. 94.

40) Vgl. ung. H. G. B. §§. 90 — incl. 94; bosn. §§. 94 — incl. 98.

1) Vgl. Unger in Jahrb. XXV. S. 259 ff.; Eccius in Ztschr. f. H. R. XXXII. S. 1 ff. Das ung. u. bosn. H. G. B. stellen die oben im Texte erwähnte Erwerbs-, Rechts- und Proceßfähigkeit der Handelsgesellschaften gemeinschaftlich für alle Handelsgesellschaften (d. i. nach §. 61 bezw. 65 ebendieser

dritten außerhalb der Gesellschaft stehenden Personen. Diesen gegenüber erscheint die Gesellschaft als eine Einheit mit unbeschränkter Gesammthaftung aller Mitglieder (Art. 112 Abs. 1)[2]), die durch ihre Vertreter nach außenhin handelt und durch diese sowie durch ihre Geschäftsführer ihr Vermögen und ihre Angelegenheiten verwaltet. Die correale und unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter ist ein Begriffsmerkmal der offenen Handelsgesellschaft, und daran vermag auch nichts der nachträgliche Eintritt eines neuen Gesellschafters zu ändern. Diese Haftung trifft vielmehr auch diesen rücksichtlich aller von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verpflichtungen, gleichgiltig, ob die alte Firma fortbesteht oder eine Aenderung erlitt (Art. 113 Abs. 1).[3])

Die rechtliche Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft nach außen hin, d. h. Dritten gegenüber, beginnt mit dem Zeitpunkte der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister oder des Beginnes ihrer Geschäfte (Art. 110 Abs. 1).[4])

Die hier dargelegten Rechtssätze (Art. 110 Abs. 1, 112 Abs. 1, 113 Abs. 1) sind zwingender Natur und können nicht durch Vereinbarungen oder Vertrag der Gesellschafter abgeändert werden; beschränkende oder entgegenstehende Verabredungen sind Dritten gegenüber rechtlich unwirksam (Art. 110 Abs. 2, 112 Abs. 2, 113 Abs. 2).[5])

§. 51.

E. Wirkung des innerrechtlichen Verhältnisses der Gesellschafter Dritten gegenüber.

I. Das Verhältniß der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft untereinander ist das obligationenrechtliche Verhältniß der Societät. Die zur Gesellschaft vereinigten Personen haben ein Gesammteigenthum an dem Gesellschaftsvermögen, über das nur die Gesammtheit der Gesellschafter oder die Vertreter der Gesellschaft verfügen können. Dadurch sondert sich von selbst das gemeinschaftliche Vermögen der Gesammtheit der Gesellschafter von dem Einzelnvermögen jedes Gesellschafters ab. Ersteres entzieht sich der privaten Verfügung des Gesellschafters und wird von den Gesellschaftern in ihrer Gesammtheit oder durch die Vertreter der Gesellschaft verwaltet[1]); über letzteres kann der Gesellschafter

---

Gesetze die offene Handelsgesellschaft, die Commandit- und die Actiengesellschaften, u. die Genossenschaften) in §. 63 bezw. 67 an die Spitze der Lehre von den Handelsgesellschaften. Das ung. u. bosn. H. G. erwähnen nicht ausdrücklich, daß der ordentliche Gerichtsstand der Gesellschaft bei jenem Gericht ist, in dessen Sprengel sie ihren Sitz hat (Art. 111 Abs. 2, 164 Abs. 2, 213 Abs. 2 H. G. B.). Doch gilt dieser Satz nichtsdestoweniger auch nach ung. u. bosn. Rechte (s. §. 25 der Civ. Pr. O. f. Bosnien von 1883).

2) §. 88 ung.; 92 des bosn. H. G.

3) §. 89 ung.; 93 bosn. H. G. Vgl. v. Kräwel in Busch's Arch. XI. S. 75 ff.

4) §. 87 ung.; 91 bosn. H. G.

5) Dasselbe gilt von den correspondirenden Vorschriften des ung. (§§. 87, 88, 89) und des bosn. H. G. (§§. 91, 92, 93).

1) Vgl. insbes. Randa im Arch. f. W. R. XV. S. 28 ff.; Lehmann a. a. O. S. 26 ff., 51 ff., 69 ff.; Laband in Ztschr. f. H. R. XXXI. S. 1 ff.; Unger in Jahrb. XXV. S. 258, 259.

frei verfügen, nur sind dolose Verfügungen in fraudem der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger anfechtbar. Dieser freien Verfügung steht nicht entgegen die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für die Verpflichtungen der Gesellschaft; denn unbeschränkt mit dem ganzen Vermögen haften heißt mit seinem jeweiligen Vermögen haften, nicht aber sich der freien Verfügung seines Vermögens begeben. Die Correalverpflichtung des Gesellschafters ist dieselbe wie bei jeder Correalobligation; hier wie dort begibt sich der Correalschuldner nicht des freien Verfügungsrechtes über sein Vermögen; auch hätten ja sonst die Sicherstellungsmittel wie z. B. das Pfandrecht keinen Sinn; auch ist ja der Correalschuldner nur kraft der Obligation, nicht aber dinglich verpflichtet. Das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters kann daher beliebig wachsen oder abnehmen; nur darf er, wie gesagt, nicht in fraudem der Gesellschaft oder Gesellschaftsgläubiger handeln. Wenn das Vermögen des einzelnen Gesellschafters stets nur nach seinem jeweiligen Bestande als Haftungsobject in Betracht kommt, so haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen, das Gesellschaftsvermögen „nicht dinglich, sondern nur in seinem jeweiligen Bestande, und die Gesellschafter sind durch nichts gehindert, diesen jeweiligen Bestand nach Belieben zu ändern, zu reduciren oder gar in ein Nichts zu verwandeln, etwa durch Auflösung und Vertheilung unter sich oder Ueberweisung an einen von ihnen, Rechtsacte, durch welche das bisherige Gesellschaftsvermögen aufhört, ein solches zu sein. Doch können die Gesellschaftsgläubiger solche Rechtsacte, wenn sie fraudulos gegen ihre Befriedigung gerichtet sind, . . . anfechten".[1a])

Da sowohl die Gesellschaft als auch der Gesellschafter Verpflichtungen eingehen können, so können Dritte entweder der Gesellschaft oder dem einzelnen Gesellschafter als Gläubiger gegenüberstehen, je nachdem sie Forderungen an die Gesellschaft als solche oder an den einzelnen Gesellschafter haben. Erstere werden als Gesellschaftsgläubiger, letztere als Privatgläubiger des Gesellschafters bezeichnet.

Das Gesetz zieht nun ganz genau die Grenzen der Rechte beider, in wie weit der Privatgläubiger auf das, was dem Gesellschafter an Rechten gegen die Gesellschaft zusteht, als Sicherstellungs- bezw. Befriedigungsmittel zugreifen kann und wann das Privatvermögen des Gesellschafters dem Gesellschaftsgläubiger haftet.[2])

II. Da ein Gläubiger nur das zum Gegenstande seines Executionsrechtes machen kann, worüber der Schuldner selbst verfügen kann, so darf auch der Privatgläubiger eines Gesellschafters die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen und Rechte oder Antheile an den-

---

1a) Staub, Comm. Einleitung zu Art. 119; ebenso R. G. XXIV. S. 14, betr. die Anfechtbarkeit der fraudulosen Illation des Gesellschaftsvermögens in eine neu gegründete Actiengesellschaft.

2) Vgl. Sommer in Gruchot, Beitr. XXX. S. 358 ff.; Habicht in Busch's Arch. XLVI. S. 344 ff.; Milch, Die Haftung f. Schulden der off. H. Gesellsch. nach d. H. G. B. (Inaug.-Diss. Breslau 1892); Noest, Erlangt das gegen die offene Handelsgesellschaft ergangene Urtheil Rechtskraft gegen die Gesellschafter? (Diss. Solingen 1893).

selben zum Behuf seiner Befriedigung oder Sicherstellung nicht in Anspruch nehmen, da diese der Disposition des Gesellschafters entzogen, und der Disposition der Gesellschaft als der Gesammtheit der Gesellschafter unterworfen sind. Gegenstand der Execution kann vielmehr nur das Privatvermögen des Gesellschafters und „dasjenige sein, was er selbst an Zinsen und an Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist, und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt“ (Art. 119).[2a]) Denn die ganze Geschäftsführung der Gesellschaft würde gelähmt und jede freie Disposition der Gesellschaft rücksichtlich ihres Vermögens würde gehemmt, wenn das Gesellschaftsvermögen, das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter jedem Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters ohne weiters zugänglich wäre.[3]) Aus eben diesem Grunde kann ein Gesellschafter eine im Gesellschaftsfond befindliche Sache weder ganz noch theilweise im eigenen Namen verpfänden, — dies hätte die Wirkung einer Verpfändung einer fremden Sache (§. 456 a. b. G. B.)[4]) — und es können sich daher auch Hypotheken- oder (General-) Pfandrechte[5]) an dem Vermögen des Gesellschafters gleichfalls nicht auf das Gesellschaftsvermögen erstrecken, sondern sind in der oben dargelegten Weise rücksichtlich ihres Umfanges beschränkt, mögen sie auf Gesetz oder auf Vertrag beruhen (Art. 120 Abs. 1[6]), §§. 449, 456, 457 a. b. G. B.). Es ist klar, daß Pfandrechte oder dingliche Rechte, welche zur Zeit der Einbringung einer Sache in die Gesellschaft einem Dritten an dieser Sache oder an dem Vermögen des inferirenden Gesellschafters zustanden, durch Einbringung der belasteten bezw. mitbelasteten Sache in das Gesellschaftsvermögen nicht beseitigt werden (Art. 120 Abs. 2 und arg. §. 1202 a. b. G. B.). Auch kann die Illation, wenn sie in fraudem creditoris geschah, angefochten werden.

III. Das Gesellschaftsvermögen ist nicht nur für den Privatgläubiger des einzelnen Gesellschafters ein unantastbares Sondervermögen, sondern gilt überhaupt Dritten gegenüber als eine von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter getrennte Vermögensmasse. Das obligationenrechtliche Band, das die Gesellschafter unter einander verbindet, wirkt nach außen hin abwehrend gegen Jene, die nur zu dem einzelnen Gesellschafter, nicht aber zur Gesammtheit der Gesellschafter, d. i. zur Gesellschaft in einem Rechtsverhältnisse stehen. Die consequente Durchführung dieses Principes der Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens hat die vollständige Absonderung des Gesellschaftsvermögens von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter im Gesellschaftsconcurse zur Folge. Nach Art. 122 H. G. B.[7]) werden die Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt, und nur rücksichtlich des Aus-

2a) Das ung. H. G. (§. 95) und das bosn. (§. 99) führen hier außer Zinsen und Gewinnantheilen noch das etwaige Honorar des Gesellschafters an, und fügen bei, daß auf jene Rechte, welche an den von einem Gesellschafter in die Gesellschaft eingebrachten Gegenständen bereits zur Zeit des Einbringens erworben waren, die Bestimmungen dieses Paragraphen keine Anwendung finden, wie dies Art. 120 Abs. 2 H. G. B. normirt.

3) Protokolle S. 1133, 1135, 1520 ff.

4) Vgl. Behrend H. R. I. §. 75 Nr. II.

5) v. Hahn, Comm. I. §. 1 zu Art. 120.

6) Fehlt im ung. u. bosn. H. Ges.

7) Ebenso ung. H. G. §. 97; bosn. §. 101.

falles können sie sich an das Privatvermögen des Gesellschafters halten, worin allerdings eine Abweichung von dem Principe der unbedingten correalen Haftung der Gesellschafter mit ihrem ganzen[7a]) Vermögen liegt.[8]) Der Concurs der Gesellschaft erheischt infolge der damit verbundenen Auflösung der Gesellschaft (Art. 123 Z. 1)[9]) eine Auseinandersetzung der Gesellschafter untereinander und der Gesammtheit der Gesellschafter mit Dritten. Die Wechselwirkung dieser beiden Auseinandersetzungen sowie das Ineinandergreifen der beiden Ausgleichssphären kam in der obigen Bestimmung des H. G. B. zum Ausdrucke. Da es wohl zumeist die geschäftliche Gebahrung der Gesellschaft ist, die zum Concurse führt, schien es billig, daß die Gesellschaftsgläubiger in erster Linie aus dem für die Zwecke der Gesellschaft bestimmten, noch vorhandenen Capitale Befriedigung suchen müssen, und erst rücksichtlich des Ausfalls auf das Privatvermögen der Gesellschafter greifen können. Freilich kann es hiebei geschehen, daß bei dem Umstande, als die Repartition im Gesellschaftsconcurse abgewartet werden müßte, die Privatgläubiger des Gesellschafters inzwischen das vielleicht sehr beträchtliche Privatvermögen des Gesellschafters durch Tilgung ihrer Privatforderungen erschöpfen, wodurch der Gesellschaftsgläubiger, der gerade im Vertrauen auf dieses Privatvermögen creditirte, geradezu benachtheiligt wäre.[10]) Dem suchte §. 30 des österreich. Einf. Ges. zum H. G. B. und diesem folgend §. 199[11]) der Concursordnung v. 1868 durch die Bestimmung zu begegnen, daß zugleich mit dem Gesellschaftsconcurse bei demselben Gerichte auch über das Privatvermögen eines jeden (persönlich haftenden) Gesellschafters der Concurs von Amtswegen zu eröffnen ist, was insofern zu billigen ist, als vermöge der correalen und unbeschränkten Haftung der Gesellschafter die Gesellschaft so lange nicht als insolvent angesehen werden kann, als nicht auch alle Gesellschafter insolvent sind.[12]) Hier stehen sich dann getrennte Concursmassen der Gesellschaft sowie der einzelnen Gesellschafter gegenüber, die auch untereinander ihre Ansprüche geltend machen können. Die Gesellschaft braucht sich aber rücksichtlich ihrer Forderungen in den Concurs des Gesellschafters nicht einzulassen, sondern sie kann sich nach §. 200 C. O.[13]) rücksichtlich ihrer Rechte und Pflichten gegenüber dem einzelnen Gesellschafter mit dessen Masseverwalter auseinandersetzen und wird im Wege dieser Auseinandersetzung an die Concursmasse des einzelnen Gesellschafters den Antheil desselben an dem Gesellschaftsvermögen nach Ab-

7a) Anders Schultze in Gruchot, Beitr. XXXI. S. 767 ff.

8) Brix, Comm. Nr. 1 zu Art. 122.

9) Ebenso ung. H. G. §. 98 Z. 1; bosn. §. 102 Z. 1.

10) Brix, Comm. Nr. 2 zu Art. 122.

11) Ebenso §. 24 der Conc. Ordn. f. Bosnien u. die Herzegowina. — Nach §. 249 der ung. Conc. O. (Ges. Art. XVII von 1881) kann im Falle der Concurseröffnung über Erwerbsgesellschaften, worunter die offenen Handelsgesellschaften gehören, und Commanditgesellschaften gegen die Gesellschafter, bezw. gegen die Commanditisten ein Concurs nur dann angeordnet werden, wenn um denselben angesucht wird und wenn die Fälle des kaufmännischen Concurses vorliegen (Zahlungseinstellung; §§. 244, 248; vgl. auch §§. 82—85).

12) Brix, Comm. Nr. 2 zu Art. 122.

13) Aehnliches erzielen §§. 14 u. 44 der deutschen R. C. O. und §. 250 ung. und §. 99 bosn. C. O.

zug seines Antheiles an den Gesellschaftsschulden ausfolgen, und umgekehrt im Falle des Passivsaldo des Gesellschafters ihre Forderung seiner Masse gegenüber geltend machen. Dem Gesellschaftsgläubiger aber, der nach Art. 122 H. G. B. rücksichtlich des Ausfalles im Gesellschaftsconcurse aus dem Privatvermögen der Gesellschafter Befriedigung suchen kann, steht es frei, seine ganze Forderung an die Handelsgesellschaft auch bei der Concursmasse des Gesellschafters anzumelden (§. 31 Einf. Ges. z. H. G. B. u. §. 201 Conc. Ordg.)[14]), was aber nicht dahin aufzufassen ist, daß er mit seiner ganzen Forderung bei den Concursmassen der einzelnen Gesellschafter mit den übrigen Gläubigern concurriren kann[15]), sondern dahin, daß der Gesellschaftsgläubiger wohl seine ganze Forderung anmelden könne, daß selbe aber nur insoweit als liquid bei der Concursmasse des Gesellschafters anerkannt werden kann, als sie nachgewiesenermaßen bei der Gesellschaftsconcursmasse durchfiel. Soweit die Richtigkeit der Forderung im Concurse der Gesellschaft festgesetzt ist, kann dieselbe im Concurse der einzelnen Gesellschafter nicht weiter bestritten werden (§. 201 C. O.).[16])

Von dem im Art. 122 enthaltenen Vorbehalte für die Landesgesetze behufs eventueller Festsetzung eines Rechtes der Privatgläubiger der Gesellschafter auf Absonderung des Privatvermögens der Gesellschafter von der Concursmasse der Gesellschaft macht das österreichische Einführungsgesetz keinen Gebrauch, da nach österreichischem Recht ohnedies zugleich mit Eröffnung des Concurses über das Gesellschaftsvermögen auch über das Vermögen der Gesellschafter der Concurs eröffnet wird und sich die Gesellschaftmasse mit den Massen der Gesellschafter in der obenerwähnten Weise auseinanderzusetzen hat.

Umgekehrt aber hat die Eröffnung des Concurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Eröffnung des Concurses über das Vermögen der Gesellschaft ex lege nicht zur Folge (§. 200 C. O., §. 30 Einf. Ges. z. H. G. B.)[17]), weil ja die Insolvenz des Gesellschafters aus Privatschulden möglicherweise ganz ohne Einfluß auf die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft sein kann[18]), die von der Größe des gemeinsamen Vermögens sowie des Privatvermögens der nicht in Concurs verfallenen Gesellschafter abhängt. Die Gesellschaft hat, wie bereits oben erwähnt wurde, im Falle des Concurses eines Gesellschafters sich mit der Masse desselben auseinanderzusetzen, wie dies oben für den Fall des Gesellschaftsconcurses, der stets den Concurs der Gesellschafter zur Folge hat, dargelegt wurde, und sie braucht sich nicht in den Concurs des Gesellschafters einzulassen.

IV. Eine weitere Wirkung des innerrechtlichen Verhältnisses der Gesellschafter nach außen ist die Bestimmung des Art. 121 H. G. B.[19]),

---

14) Ebenso §. 251 ung. C. O.; in der bosn. C. O. fehlt eine diesbezügliche Bestimmung.

15) Brix, Comm. Nr. 2 zu Art. 122.

16) Ebenso §. 251 ung. C. O.

17) Ebenso §. 24 Abs. 2 bosn. C. O., und dasselbe ist für das ung. Recht anzunehmen (arg. §. 250 ung. C. O.).

18) Brix, Comm. Nr. 3 zu Art. 122.

19) Ung. H. G. B. §. 96 Abs. 1; bosn. §. 100 Abs. 1. — Im zweiten Absatz dieser Paragraphen fügen beide Ge-

daß eine Compensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter während der Dauer der Gesellschaft weder ganz noch theilweise stattfinden kann. Hienach kann der von der Gesellschaft auf Zahlung seiner Schuld geklagte Gesellschaftsschuldner nur eine ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung, nicht aber eine Forderung, welche er gegen einen einzelnen Gesellschafter hat, im Wege der Compensation geltend machen, und ebenso kann ein auf Zahlung einer Privatschuld geklagter Gesellschafter nicht mit einer der Gesellschaft gegen den Kläger zustehenden Forderung compensiren[20]); denn in beiden Fällen stehen sich eine Activforderung der Gesellschaft und eine Privatschuld eines Gesellschafters an dieselbe dritte Person gegenüber. Rücksichtlich der Frage der Compensation zwischen Gesellschaftsschulden und Privatforderungen eines Gesellschafters enthält der in Rede stehende Art. 121 H. G. B. keine Bestimmung, doch ergibt sich aus den rechtlichen Grundsätzen, auf welchen die Wirkung der innerrechtlichen Verhältnisse der Gesellschafter Dritten gegenüber beruht, nämlich aus der oben entwickelten Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens gegenüber dem Privatvermögen der Gesellschafter und dem Correalverhältnisse unter den Gesellschaftern, daß die Gesellschaft gegen die eingeklagte Gesellschaftsschuld nur Gesellschaftsforderungen gegenüber dem Kläger, nicht aber Privatforderungen ihrer Gesellschafter an diesen Dritten[21]), der aus einer Gesellschaftsschuld, d. i. auf Grund seiner Correalhaftung, geklagte Gesellschaftsschuldner aber nicht nur eine ihm an den Kläger zustehende Privatforderung, sondern auch eine gegen denselben bestehende Gesellschaftsforderung, nicht aber die Privatforderung eines Mitgesellschafters im Wege der Compensation einreden kann, und daß endlich der Gesellschafter, der eine Privatforderung einklagt, nebst den dem Geklagten gegen ihn persönlich zustehenden Forderungen infolge seiner Correalhaftung sich auch noch die dem Geklagten gegen die Gesellschaft zustehenden Forderungen compensando einwenden lassen muß.

Durch Cession können Gesellschaftsforderungen zu Privatforderungen der Gesellschafter, und umgekehrt Privatforderungen der Gesellschafter zu Gesellschaftsforderungen werden, und in dieser ihrer nunmehrigen Eigenschaft den obigen Normen gemäß zur Compensation verwerthet werden.

---

setze noch ausdrücklich hinzu, daß eine Compensation zwischen Privatforderungen des Gesellschafters und den Forderungen seines Schuldners an die Gesellschaft, insoferne der Letztere gegen die Gesellschaft selbst auftritt, nur dann zulässig ist, wenn die Forderung des Gesellschafters auf die Gesellschaft übertragen ist. Doch kann auch nach deutschem u. österreich. H. R. die wegen einer Gesellschaftsschuld belangte Gesellschaft nicht mit Privatforderungen der einzelnen Gesellschafter an den klagenden Gesellschaftsgläubiger compensiren, außer diese Forderungen wären der Gesellschaft übertragen. — Ebenso R. O. H. G. VI. S. 419; v. Hahn, Comm. I. §. 7 zu Art. 121; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. II. Nr. VII. zu Art. 122; Dernburg, Compensation (2. Aufl.) §. 58 (S. 447); Behrend, H. R. I. §. 76 Nr. III. (vgl. Renaud, Commanditgesellschaft S. 437), s. auch oben im Texte.

20) v. Hahn, Comm. I. §§. 2 u. 3 [zu Art. 121.

21) S. oben Note 19.

V. Der einzelne Gesellschafter kann den ihm zustehenden Antheil der Gesellschaftsforderung dem Gesellschaftsschuldner nicht erlassen.[22])

§. 52.

F. Endigung der offenen Handelsgesellschaft.

a) Auflösungsgründe.

Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft kann nach Art. 123 H. G. B.[1]) erfolgen:

1. Durch die Eröffnung des Concurses über die Gesellschaft (s. oben §. 51); denn der Concurs der Gesellschaft nimmt ihr die Handlungsfähigkeit, setzt an Stelle der Geschäftsführung durch die Gesellschafter jene des Masseverwalters (§. 76 C. O.)[2]) und hemmt zu großem Theile die Fortsetzung des Betriebes des Handelsgewerbes. Es steht jedoch den Gesellschaftern frei, nach Beendigung des Concurses eine neue Handelsgesellschaft zu bilden, wobei es gleichgiltig ist, wie der Concurs beendigt wurde.[3])

2. Durch den Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll. Die Gesellschaft als obligationenrechtliche Vereinigung bestimmter Personen hört mit dem Wegfall einer dieser bestimmten Personen auf, diese Vereinigung zu sein; sie würde sohin mit dem Tode eines Gesellschafters endigen. Das Handelsgesetzbuch läßt nun diesen Auflösungsgrund als ipso iure wirkend gelten, gestattet jedoch den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrage oder in einem späteren Vertrage zu

---

22) Vgl. Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. II. Nr. V zu Art. 121.

1) Die im ung. (§. 98) und bosn. H. Ges. (§. 102) angeführten Auflösungsfälle der offenen Handelsgesellschaften sind dieselben wie die des allg. deutschen bezw. öftr. H. G. B. Art. 123 Z. 1—6; nur fügen die zwei erwähnten Gesetze noch bei: die Auflösung durch richterlichen Beschluß, und durch Eintritt jener Bedingung, von welcher die Auflösung der Gesellschaft abhängig gemacht war. Beide haben auch nach österreich. und deutschem H. R. Giltigkeit. Rücksichtlich des ersteren verweist das ung. H. G. B. §. 98 Z. 5 auf §. 100, das bosn. §. 102 Z. 5 auf §. 104, welche bezogenen Paragraphe dem Art. 125 H. G. B. entsprechen (s. S. 175 f.), der Fall der auflösenden Bedingung aber läßt sich unter die Endigung durch Ablauf der Zeitdauer, für welche die Gesellschaft geschlossen wurde, subsumiren (Art. 123 Z. 5). Bei Berathung des allg. d. H. G. B. in Nürnberg war dieser Auflösungsfall in I. Lesung ausdrücklich ausgesprochen (Prot. S. 233), in II. Lesung jedoch als selbstverständlich und zu Mißverständnissen Anlaß gebend gestrichen worden (Prot. S. 1007).

2) Vgl. §. 5 deutsche R. C. O., §. 100 der ung. und §. 50 der bosn. C. O.; Frankl, Der Concurs der off. Handelsgesellschaft nach östr. R. (1891).

3) A. A. Fuchsberger-Gareis (Comm. Art. 123 Note 154), die behaupten, daß der Concurs, um die Auflösung der Handelsgesellschaft zu bewirken, nicht durch Zwangsausgleich (§§. 160 u. ff. der d. R. C. O.) und nicht durch mit Zustimmung der Concursgläubiger (§. 188 deutsche R. C. O.) eingestelltes Concursverfahren erledigt sein dürfe. Siehe dagegen Staub, Comm. §. 4 zu Art. 123, der mit Recht sagt, daß die nachträgliche Einstellung des Concurses die rechtliche Thatsache der einmal erfolgten Auflösung nicht zu beseitigen vermag. Auch wäre es nicht zulässig, die Frage der Auflösung in Schwebe zu lassen, bis sich schließlich, oft nach Jahren, herausstellt, wie der Concurs beendet wird. Anders, wenn einer der Gesellschafter mit Erfolg gegen die auf Grund der von den anderen Socien angemeldeten Zahlungseinstellung

vereinbaren, daß die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortbestehen soll[4]), in welchem Falle die Erben, wenn sie die Erbschaft antreten, auch zugleich Gesellschafter geworden sind, ohne daß es erst einer Beitrittserklärung bedarf.[5]) Mehrere Miterben, welche an Stelle des Verstorbenen treten, bilden aber nicht etwa eine den Erblasser vertretende Einheit, sondern erscheinen als ebensoviele, einzelne, nach Maßgabe ihres ererbten Antheiles und des Gesellschaftsvertrages vollberechtigte und vollverpflichtete Gesellschafter.[6]) Die Geschäftsführungsbefugniß des verstorbenen Gesellschafters geht nicht auf dessen Erben über.

3. Durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen eines Gesellschafters oder durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit eines der Gesellschafter zur selbständigen Vermögensverwaltung. Auch dieser Auflösungsgrund wirkt ipso iure, und da das Gesetz nichts weiter bestimmt, kann diesbezüglich weder im Gesellschaftsvertrage, noch in einem späteren Vertrage Anderes vereinbart werden.[7]) Doch können die Gesellschafter durch Vereinbarung mit dem Masseverwalter des in Concurs gerathenen Gesellschafters oder mit dem Vormunde des dispositionsunfähigen Gesellschafters das Geschäft unter der bisherigen Firma wieder aufnehmen und weiterführen, jedoch liegt hierin die Gründung einer neuen Handelsgesellschaft. Die Frage der Dispositionsunfähigkeit richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte (s. oben §§. 19 ff.).

Die Verheirathung einer Person weiblichen Geschlechtes, die sich als Gesellschafterin an einer offenen Handelsgesellschaft betheiligt, löst nur im Falle des Widerspruches des Ehemannes die Handelsgesellschaft auf.[8])

---

verfügte Concurseröffnung klagt (R. O. H. G. XII. S. 412).

4) Der Tod eines Gesellschafters berechtigt die überlebenden Socien nicht, die Löschung des verstorbenen Gesellschafters zu verlangen, außer sie erbringen den Nachweis, daß zwischen den Gesellschaftern ein Uebereinkommen auf Fortsetzung der Gesellschaft getroffen worden ist (Adler-Clemens VIII. Nr. 1425). Nur einer vertragsmäßigen Vereinbarung, nicht einer einseitigen Verfügung, daher auch nicht einem Testamente kann eine solche Wirkung beigemessen werden, weil ja letztere die übrigen Gesellschafter nicht bindet (Staub, Comm. §. 5 zu Art. 123). Wohl aber kann eine solche Vereinbarung stillschweigend vorliegen, durch concludente Handlungen. Es ist im einzelnen Falle Thatfrage, ob Fortsetzung oder Erneuerung der Gesellschaft vorliegt (Anschütz in Busch's Arch. XII. S. 75 ff.). Nichtsdestoweniger aber ist das Gesetz in erster Reihe die Quelle der Fortsetzung der Gesellschaft, nicht der Vertrag, denn eine solche Bestimmung des Vertrages könnte nicht wirken, wenn sie nicht durch das Gesetz gestattet wäre. Nach §. 1207 a. b. G. B. bestand eine Vermuthung für die Fortsetzung der Gesellschaft mit „den Erben der Handelsleute“; diese erscheint durch Art. 123 Z. 2 aufgehoben. — Wegen Fortsetzung einer Gesellschaft trotz des Ausscheidens oder der Ausschließung eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern s. unten §. 57.

5) A. A. Lastig bei Endemann I. §. 93; Fuchsberger-Gareis, Comm. Nr. 155 zu Art. 123 (S. 254).

6) Vgl. insbes. Viezens in Ztschr. f. H. R. XXXV. S. 142. Auch Personen weiblichen Geschlechts können, wie sie Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sein können, eine solche auch als Erbinnen fortsetzen (Viezens a. a. O. S. 141).

7) Staub §. 6 zu Art. 123; a. A. Keyßner, Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des allg. D. H. G. B. (1870) S. 25.

8) Staub, Comm. §. 6 zu Art. 123.

4. Durch gegenseitige Uebereinkunft, d. h. durch einstimmigen Beschluß aller (— nicht nur der vertretungsbefugten —) Gesellschafter (Dissociation, Dissolutionsvertrag). Dieser Auflösungsgrund entspringt dem obligationenrechtlichen Verhältnisse der Societät, die als Consensualvertrag durch Consens der Contrahenten entsteht, daher durch mutuus discensus endigen kann. Die Zustimmung der Gesellschafter zur Dissociation braucht nicht ausdrücklich ertheilt zu werden, sondern kann auch stillschweigend, oder durch concludente Handlungen gegeben werden.[9]) Liegt der Grund der Auflösung der Gesellschaft in Ueberschuldung, so kann die Auflösung angefochten werden. Die ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft der Gesellschafter, die Gesellschaft aufzulösen, kann durch eine entgegengesetzte Vereinbarung beseitigt werden, ja selbst noch nach beschlossener Auflösung, wenn nur der Beschluß noch nicht in Wirksamkeit getreten ist.[10])

5. Durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen ist[11]), soferne nicht die Gesellschafter dieselbe stillschweigend fortsetzen; in diesem Falle gilt sie von da an als auf unbestimmte Dauer eingegangen. Auch dieser Auflösungsgrund ist nicht zwingender Natur, er kann durch Vereinbarung der Gesellschafter beseitigt werden u. z. sowohl vor Ablauf der Zeit, oder in dem Zeitpunkte selbst, in dem die Gesellschaft erlöschen würde, nicht aber später, was Gründung einer neuen Gesellschaft wäre.

6. Durch die von Seiten eines Gesellschafters geschehene Aufkündigung, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen ist.[12]) Es ist in der Regel quaestio facti, ob eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit geschlossen ist oder nicht, und es kann aus den Umständen entnommen werden, ob bezw. daß sie auf bestimmte kürzeste Frist eingegangen sein sollte.[13]) Eine auf Lebenszeit geschlossene Gesellschaft ist ex lege als auf unbestimmte Dauer geschlossen anzusehen (Art. 123), wobei es gleichgiltig ist, auf wessen Gesellschafters Lebenszeit der Vertrag gestellt ist.[14])

---

9) v. Hahn, Comm. I. §. 8 zu Art. 123; Staub, Comm. §. 7 zu Art. 123; ebenso Puchelt, Comm. Nr. 6 zu Art. 123 u. das daselbst cit. Erkenntniß des R. G. I. Civ. Sen. v. 15. Oct. 1881 Rep. 741/80. — Die Rücklegung des Erwerbsteuerscheines wegen Nichtbetriebes des Geschäftes ist als eine solche concludente Handlung anzusehen und zieht für die Firmainhaber auch die Verpflichtung zur Löschung der Firma nach sich (Entsch. Adler-Clemens VII. Nr. 1312).

10) Fuchsberger-Gareis, Comm. Anmerkg. 1 zu Nr. 159 bei Art. 124; Staub, Comm. §. 7 zu Art. 123; R. G. VI. S. 120 ff. — Einem solchen Beschlusse auf Fortsetzung der Gesellschaft kommt es gleich, wenn auf Grund gegenseitiger Vereinbarung ein Gesellschafter austritt u. ein anderer gleichzeitig eintritt.

11) Außer durch Festsetzung eines Endtermins kann die Dauer der Gesellschaft durch eine Resolutivbedingung beschränkt sein (Prot. S. 1007; v. Hahn, Comm. I. §. 9 zu Art. 123; Staub, Comm. §. 9 zu Art. 123); ebenso ung. H. Ges. §. 98 Z. 7; bosn. §. 102 Z. 7 (s. oben Anmerkg. 1).

12) Vgl. §. 1212 a. b. G. B.

13) Staub, Comm. §. 9 zu Art. 123. — Vgl. auch Entsch. des R. O. H. G. XIII. S. 418, wonach ein auf bestimmte Zeit geschlossener, dann auf Lebenszeit erweiterter Gesellschaftsvertrag mindestens auf die ursprünglich festgesetzte Zeit geschlossen gilt.

14) Vgl. R. G. XX. S. 166.

Eine Gesellschaft kann auch in der Weise eingegangen werden, daß sie innerhalb eines bestimmten Zeitraumes insoferne auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, als sie innerhalb dieses Zeitraumes durch einseitige Kündigung seitens eines Gesellschafters endigen kann, mit Schluß dieses Zeitraumes aber endigen muß, sofern nicht die Gesellschafter vorher oder bei Eintritt dieses Zeitpunktes Anderes vereinbaren, oder sofern sie nicht stillschweigend die Gesellschaft fortsetzen. Mit Rücksicht auf die zwingende Natur der bezüglichen Gesetzesstelle (Art. 123 Z. 6) ist eine Vereinbarung behufs Ausschluß der Kündigung bezw. ein Verzicht auf dieselbe nicht zulässig, wohl aber ein Verzicht auf eine bestimmte Zeit oder eine Aenderung der Kündigungsfrist durch Vertrag. Auch kann die Kündigung vor Erreichung eines bestimmten Zweckes ausgeschlossen oder nur unter gewissen Voraussetzungen für zulässig erklärt werden.[15]) Die Kündigung kann auch zurückgenommen werden; jedoch muß der Widerruf der Kündigung noch vor der Auflösung geschehen, und bedarf der Genehmigung der übrigen Gesellschafter, welchen durch die geschehene Kündigung ein Recht zusteht, aus derselben die entsprechenden Consequenzen zu ziehen und sich auf dieselbe zu berufen. Eine bestimmte Form der Kündigung schreibt das Gesetz nicht vor. Die Kündigung muß, um rechtswirksam zu sein, bei Gesellschaften für unbestimmte Zeit, wenn nichts Anderes vereinbart ist, wenigstens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft erfolgen (Art. 124).[16]) Eine verspätete Kündigung ist wirkungslos und es braucht derselben nicht erst widersprochen zu werden[17]), doch kann sie unter Umständen als für das nächste Geschäftsjahr giltig angesehen werden, was quaestio facti ist.[18]) Die Kündigung ist nicht Gegenstand der Registrirung.[19])

7. Endlich **kann** nach Art. 125[20]) ein Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer ohne vorgängige Aufkündigung aus wichtigen Gründen verlangen, d. i. wenn aus persönlichen oder sachlichen Gründen die Voraussetzungen des Gedeihens der Gesellschaft nicht mehr vorhanden sind.[21]) Stimmen die übrigen Gesellschafter dem an sie seitens eines Gesellschafters gerichteten Verlangen nach Auflösung der Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend zu (d. i. durch auf die Auf-

---

15) Staub, Comm. §. 9 zu Art. 123; vgl. R. G. XXI. S. 93.

16) Ebenso ung. H. G. §. 99; bosn. §. 103.

17) Vgl. Entsch. d. R. O. H. G. XII. S. 102.

18) Staub a. a. O. §. 1 zu Art. 124.

19) Oberstg. E. Adler-Clemens III. Nr. 292.

20) Ung. H. G. §. 100, bosn. §. 104 sind inhaltlich gleich mit Art. 125 H. G. B., jedoch in der Fassung verschieden. In diesen Gesetzen wird die Berechtigung des Auflösungsbegehrens nicht von dem Vorhandensein wichtiger Gründe, sondern davon abhängig gemacht, daß die wesentlichen Bedingungen, die Voraussetzungen, unter welchen die Gesellschaft zustande kam, nicht mehr vorhanden sind, ohne daß jedoch, wie Abs. 2 und 3 der cit. Paragraphen zeigten, etwas Anderes gemeint ist, als im Art. 125 H. G. B. — Vgl. zu diesem Abschnitte auch Plathner in Gruchot, Beitr. XXXVII. S. 68 ff.

21) Staub, Comm. §. 1 zu Art. 125; s. oben Anmerkg. 20 bezügl. des ung. u. des bosn. H. Ges.

lösung der Gesellschaft abzielende Handlungen), so liegt der oben (unter Nr. 4) besprochene Fall der Auflösung der Gesellschaft durch gegenseitige Uebereinkunft der Gesellschafter (Art. 123 Z. 4) vor; ebenso wenn die Gesellschafter gleichzeitig auf Auflösung klagen.[22]) Stimmen aber die übrigen Gesellschafter dem Auflösungsbegehren weder ausdrücklich noch stillschweigend zu, so kann der die Auflösung verlangende Gesellschafter sein Begehren im Wege gerichtlicher Klage[23]) gegen die übrigen Gesellschafter, nicht gegen die Gesellschaft, geltend machen. Der Richter hat dann im vorliegenden Falle zu entscheiden, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Hiefür ist demselben im Gesetze „durch die beispielweise Aufzählung einzelner (solcher wichtigen) Gründe eine gewisse Directive gegeben, ohne daß aber seinem Ermessen eine Schranke gezogen wäre. Der Gesetzgeber weist namentlich auch nicht darauf hin, nur ein solcher Grund sei für wichtig zu erachten, welcher in dem Verschulden eines Gesellschafters oder in dessen Person liege. Es ist auch nicht erforderlich, daß ein einzelnes Moment für sich als durchschlagend hervortritt, verschiedene Momente können in ihrer Verbindung und vielleicht erst durch dieselbe als wichtiger Grund erscheinen, und es können in dieser Weise namentlich auch in der Person verschiedener Gesellschafter liegende Umstände zusammen in Betracht kommen; ja es ist nicht ausgeschlossen, daß dabei selbst ein in der Person des Antragenden liegender Grund berücksichtigt werde"[24]), der jedoch nicht ad hoc geschaffen sein darf, in welchem Falle ihm die exceptio doli entgegensteht.[25]) Als solche wichtige Gründe führt nun das Gesetz exemplicativ in Art. 125 an: Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes[26]), Unredlichkeit eines Gesellschafters in der Geschäftsführung oder Rechnungslegung[27]),

---

22) Viezens a. a. O. S. 233.

23) So ausdrücklich Oberstg. E. Adler-Clemens VI. Nr. 1003 (allerdings rücksichtlich einer stillen Gesellschaft, doch auch allgemein unter Bezugnahme auf Art. 125 ausgesprochen), VII. Nr. 1314 u. Entsch. in Geller, C. Bl. f. jur. Praxis IX. Nr. 42.

24) R. G. XXIV. S. 137.

25) Staub, Comm. §. 1 zu Art. 125.

26) Das Nichtzustandekommen einer Eisenbahn behufs billiger Verführung des in Steinbrüchen gewonnenen Materials gilt als ein Hinderniß der Erreichung des Gesellschaftszweckes, insbesondere wenn die Gesellschaft nur in Voraussetzung der Realisirung dieses Projectes gegründet wurde (Oberstg. E. bei Adler-Clemens VIII. Nr. 1348). Desgleichen kann als ein solcher Auflösungsgrund erscheinen die Eröffnung neuer oder der Wegfall alter Communicationen, veränderte Richtung des Handels, neue Zölle, erhebliche Capitalsverluste (vgl. v. Hahn, Comm. I. §. 7 zu Art. 125; Staub, Comm. §. 5 zu Art. 125; Willenbücher H. G. B. Nr. 4 zu Art. 125; vgl. Entsch. in Busch, Archiv XXXVIII. S. 294 und in Ztschr. f. H. R. VIII. S. 592, XXXV. S. 233) oder auch mangelnde Rentabilität (R. O. H. G. XII. S. 102).

27) Als Beispiele aus der Praxis sind hier zu nennen: Nichtablieferung für die Gesellschaft vereinnahmter Gelder, unter Umständen Nichteinsendung von Reiseberichten (Entsch. in Ztschr. f. H. R. XI. S. 565; Busch, Arch. IV. S. 96, XXV. S. 294), Verrechnung nicht bezahlter Auslagen, Verwendung von Gesellschaftsgeldern zu persönlichem Nutzen, Stipulation und Annahme persönlicher Belohnungen seitens Dritter in Gesellschaftsgeschäften (vgl. R. O. H. G. XIII. S. 185), Unredlichkeit des Ehemannes als Vertreter der Gattin, die Gesellschafterin bei einer offenen Handelsgesellschaft ist (Entsch. in Busch, Arch. XXV. S. 379, R. O. H. G. Rep. Nr. 172/72 bei v. Hahn, Comm. I. §. 9 Anm. 14 zu

unterlassene Pflichterfüllung seitens eines Gesellschafters[28]), Mißbrauch der Firma oder des Gesellschaftsvermögens durch einen Gesellschafter zu Privatzwecken[29]) und endlich Unfähigkeit eines Gesellschafters zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft durch anhaltende Krankheit[30]) oder andere Ursachen[31]); mit Ausnahme des erstangeführten Grundes (Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes) durchweg Gründe, aus welchen nach Art. 101 auch die einem Gesellschafter übertragene Geschäftsführung widerrufen werden kann (s. oben S. 162). Als ein solcher Grund ist auch die Uebertretung des oben erwähnten Concurrenzverbotes des Art. 96 anzusehen, wonach im Falle ein Gesellschafter ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter im Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte macht, oder an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nimmt, seitens der übrigen Gesellschafter (unter Umständen) auch die Auflösung des Gesellschaftsvertrages gefordert werden kann (Art. 97).

Das Recht der Aufkündigung steht aber nicht nur den Gesellschaftern zu; nach Art. 126 hat auch der Privatgläubiger eines Gesellschafters nach fruchtlos vollstreckter Execution in dessen Privatvermögen das Recht, durch Aufkündigung die Auflösung der Gesellschaft behufs Befriedigung seiner Forderung zu verlangen. Zu diesem Behufe muß er natürlich die Execution (d. i. Pfändung und Ueberweisung) in das Guthaben erwirkt haben, das dem Gesellschafter bei dereinstiger Auflösung der Gesellschaft zukommen würde. Auch diese Aufkündigung muß mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft u. z. allen Gesellschaftern gegenüber geschehen. Hiedurch wird dem Privatgläubiger des Schuldners ein mächtiger Schutz, ein starkes Eingriffsrecht gegen die Gesellschaft ver-

---

Art. 125). Auch Erschütterung des Vertrauens ist ein Grund, um die Auflösung der Gesellschaft mit Erfolg zu beantragen, wenn dem gegen einen Gesellschafter gefaßten Mißtrauen ein begründeter Verdacht einer unredlichen Handlungsweise oder Pflichtvergessenheit zu Grunde liegt (R. O. H. G. IX. S. 32, 33).

28) Nach R. O. H. G. XX. S. 244 ff. gehört hieher die Unterlassung der Inventur und der Bilanz, sowie der eigenmächtige Abschluß von Geschäften, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen. Auch ungehöriges vertragswidriges Verhalten eines Gesellschafters kann unter Umständen die Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen, so z. B. Nichteinbringung einer versprochenen Einlage (R. O. H. G. X. S. 436), ebenso Unfleiß und Entziehung der Thätigkeit der Gesellschafter (Erk. in Ztschr. f. H. R. VII. S. 463 ff.), dagegen grobe Fehler und Unregelmäßigkeiten an sich nicht, weil alle geschäftsführenden Socii die Pflicht zur Ueberwachung und Abhilfe haben (vgl. R. O. H. G. XVIII. S. 397).

29) Nicht jeder Gebrauch der Firma zu Privatzwecken ist Mißbrauch (R. O. H. G. IX. S. 432, 433). Wohl aber liegt Mißbrauch der Firma vor, wenn durch den Gebrauch der Firma eine Verpflichtung für die Gesellschaft begründet wird (Staub, Comm. §. 8 zu Art. 123), wie z. B. bei Girirung eines Privatwechsels seitens eines Gesellschafters mittels der Gesellschaftsfirma (R. O. H. G. XX. S. 265 ff.).

30) Nach Erk. in Ztschr. f. H. R. VIII. S. 590 ff. auch der Mangel der erforderlichen technischen Fähigkeiten.

31) Beispiele hiefür bei Staub, Comm. §. 10 zu Art. 125, wie Verleumdungen in einer abgewiesenen Ausschließungsklage (R. O. H. G. XX. S. 268), Mißhandlung eines Gesellschafters durch einen andern (R. O. H. G. XXIV. S. 308).

liehen. Doch können die Gesellschafter durch Befriedigung des Gläubigers die Auflösung der Gesellschaft hindern; denn mit Befriedigung der Forderung erlischt der Anspruch des Gläubigers auf Auflösung der Gesellschaft.[32]) Wer zahlt und wann gezahlt wird, ist gleichgiltig. Unzweifelhaft ist dies, wenn der Gläubiger vor erfolgter Kündigung befriedigt wird. Jedoch ist dasselbe auch dann anzunehmen, wenn die Zahlung der Schuld nach erfolgter Kündigung, aber vor eingetretener Auflösung der Gesellschaft erfolgt; denn auch in diesem Falle erlischt die Forderung, welche durch Auflösung der Gesellschaft befriedigt werden soll, vor deren Auflösung, und mit ihr entfällt der allein das Auflösungsbegehren des Privatgläubigers ermöglichende Rechtsgrund. Das Gesetz gibt jedoch den Gesellschaftern das Recht, im Falle des Auflösungsbegehrens des Privatgläubigers eines Gesellschafters statt der Auflösung der Gesellschaft die Auseinandersetzung und Auslieferung des Antheiles des Schuldners, der hiemit aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird, zu verlangen (Art. 132).[33])

Mit der Rechtskraft des hierüber erfolgten richterlichen Urtheiles gilt die Gesellschaft als aufgelöst; bis dahin aber kann der die Auflösung beantragende Gesellschafter auf seinen Auflösungsanspruch noch verzichten.[34])

Die Auflösungsgründe wirken zunächst nur unter den Gesellschaftern. Damit die Auflösung der Gesellschaft Dritten rechtswirksam entgegengehalten werden könne, bedarf es der Veröffentlichung derselben. Das Handelsgesetzbuch (Art. 129) schreibt vor, daß die Auflösung der Gesellschaft, wenn sie nicht infolge der Eröffnung des Concurses über die Gesellschaft geschieht, in das Handelsregister eingetragen werden muß, u. z. auch dann, wenn die Gesellschaft durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen war, beendigt wird. Nur dann braucht der Dritte die Auflösung der Gesellschaft nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn die Umstände die Annahme begründen, daß er die Auflösung weder gekannt habe, noch habe kennen müssen (Art. 129 u. 25).[35]) Das Unterlassen der Eintragung zieht für die Gesellschaft bezw. die betheiligten Gesellschafter Ordnungsstrafen nach sich (Abs. 4 des cit. Art. 129 H. G. B., §. 12 Einf. Ges.)[36]), und ist seitens der Gerichte, Gewerbebehörden, Notare, Handels- und Gewerbekammern, sofern sie hievon Kenntniß erlangen, ohne Verzug dem Handelsgerichte anzuzeigen (§. 13 Einf. Ges.).

§. 53.

b) Liquidation.[1])

I. Die Auflösung einer Gesellschaft hat als nothwendige Folge die Verfügung über das Vermögen derselben. Diese kann bereits im Gesell-

---

32) v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 126.

33) Ebenso ung. H. G. B. §. 107, bosn. §. 111.

34) Staub, Comm. §. 3 zu Art. 125 (S. 118, 189).

35) Ung. H. G. B. §§. 104 und 19, bosn. §§. 108 und 21; in §. 104 ung. bezw. §. 108 bosn. H. G. fehlt der Passus über die Ordnungsstrafen.

36) Fehlt im ung. u. bosn. H. G. B. (s. Note 35).

1) Literatur: Keyßner in Ztsch. f. H. R. X. S. 327 ff. XXX. S. 533 ff.,

schaftsvertrage festgesetzt sein oder später vor oder bei, ja selbst noch nach der Auflösung durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter festgesetzt werden.[2]) Mangels einer solchen Vereinbarung aber muß der Auseinandersetzung der Gesellschafter rücksichtlich des Vermögens bezw. der endgiltigen Verfügung über dasselbe — den Fall der Auflösung der Gesellschaft durch Concurs ausgenommen — die sog. Liquidation vorausgehen[3]), die übrigens auch im Falle des Concurses der Gesellschaft, aber erst nach dessen Beendigung eintreten kann.[4]) In diesem engsten juristisch-technischen Sinne erscheint die Liquidation als die Abwicklung der Gesellschaftsgeschäfte und Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geldeswerth.

In diesem Sinne wird die Liquidation vom Handelsgesetzbuch nur in Art. 141 aufgefaßt, während das Wort „Liquidation" in der Ueberschrift des 5. Abschn. des I. Tit. des II. Buches sowie in Art. 133, 136, 144, 145, 172 H. G. B. nicht nur diese Liquidation im engsten Sinne, sondern auch noch die Auseinandersetzung der Gesellschafter umfaßt.[5]) Die Liquidation ist aber nicht etwa Fortsetzung der aufgelösten Handelsgesellschaft; es fehlt ihr eines der charakteristischen Merkmale der offenen

---

Nöldecke, Die Fortdauer der off. Handelsgesellschaft während d. Liquidation (1887); Francken, Die Liquidation der off. Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwickelung; Schlomka in Busch's Arch. II. S. 68 ff; v. Kräwel, ebenda IV. S. 55 ff., XIII. S. 388 ff.

Rechtsquellen: Art. 132—145 H. G. B. vgl. §§. 108—130 ung. und §§. 112—124 bosn. H. Ges.

2) Behrend H. R. §. 81 Nr. II; R. O. H. G. XXIV. S. 144 ff.

3) Die Liquidation tritt zwar ex lege ein, aber nicht absolut, nur dispositiv; Staub Com. §. 1 zu Art. 133; ebenso R. O. H. G. XXIV. S. 143 ff., vgl. auch Erk. in Busch Arch. IX. S. 441, wonach die Gläubiger keinen Anspruch auf Eintritt der Liquidation haben. Die öster. Praxis ist in dieser Frage schwankend. So ward die Liquidation als obligatorisch erklärt in den Entscheidungen bei Adler-Clemens I. Nr. 61, IV. Nr. 630, 727, 765, 767, V. Nr. 854, VIII. Nr. 1488 und in Geller's C. Bl. f. jur. Praxis VIII. Nr. 9; eine andere mit dem deutschen Reichsoberhandelsgerichte und der herrschenden Lehre übereinstimmende Auffassung findet sich in den Entscheidungen des öst. obst. G. H. bei Adler-Clemens II. Nr. 191, III. Nr. 326, V. Nr. 811, 883, VI. Nr. 953, 983, VII. 1217, IX. Nr. 1720, 1727; Geller C. Bl. f. jur. Pr. IV. Nr. 339, V. Nr. 471; vgl. hiezu übh. Rosenblatt, Oestr. allg. Ger. Ztg. Nr. 90 von 1878.

4) R. O. H. G. XVI. S. 289; Appell. Ger. Cöln in Busch's Arch. XXIX. S. 294.

5) In noch weiterem Sinne ist die Liquidation der Inbegriff aller derjenigen Thätigkeiten, welche nach Auflösung der Gesellschaft zur Auseinandersetzung der Gesellschafter erforderlich sind (Renaud, Recht der Commanditgesellschaft S. 518), sei es daß sich die Auseinandersetzung nach Parteiwillen oder in Ermanglung eines solchen nach Gesetzesregel vollzieht. Innerhalb dieses weiteren Begriffs scheidet Renaud (a. a. O. S. 519, 524) als Liquidation im engeren Sinne die in gesetzlich festgesetzter Weise stattfindende Auseinandersetzung der Gesellschafter aus. Diese letztere umfaßt zwei Stadien: 1. die Realisirung des Gesellschaftsvermögens und 2. die schließliche Auseinandersetzung selbst (Francken a. a. O. S. 17 und 18), deren ersteres die oben im Texte erwähnte Liquidation im engsten juristisch-technischen Sinne ist. — Infolge der in ihrem Wortlaute etwas geänderten Fassung des dem Art. 141 entsprechenden §. 116 des ung. und §. 120 des bosn. H. G. B. entfällt in diesen beiden Gesetzen der Gebrauch des Wortes Liquidation in seiner engsten Bedeutung.

Handelsgesellschaft, der Betrieb eines Handelsgewerbes; an dessen Stelle tritt die Abwicklung der Geschäfte der aufgelösten Gesellschaft und der Abschluß neuer nur soweit als es zur Beendigung schwebender Geschäfte nothwendig ist (Art. 137).[6])

Durch die Auflösung der Gesellschaft wird, wie sich aus dem Gesagten ergibt, das vermögens- und obligationenrechtliche Band der Gesellschafter in der Regel nicht sofort zerrissen, auch nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft bilden die Gesellschafter noch eine vermögensrechtliche Gemeinschaft, auch nach der Auflösung wirkt die früher bestandene nunmehr sich lösende Gemeinschaft nach innen und nach außen hin nach, so daß die Abwicklung der Geschäfte der aufgelösten Gesellschaft unter analogen Formen und Normen sich vollzieht wie früher der gesellschaftliche Geschäftsbetrieb[7]); und ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft kommen nach Art. 144 bis zur Beendigung der Liquidation in Bezug auf das Rechtsverhältniß der bisherigen Gesellschafter unter einander sowie ihrer Gemeinschaft zu dritten Personen die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem Wesen der Liquidation und aus dem Gesetze (Art. 133—145) Anderes ergibt.

II. Die Personen, durch welche die Liquidation besorgt wird, heißen Liquidatoren. Wer im einzelnen Fall Liquidator ist, entscheidet sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrage oder einem nachträglichen Uebereinkommen der Gesellschafter, das auch ein (einstimmiger) Beschluß ad hoc sein kann. Besteht keine diesbezügliche Vereinbarung der Gesellschafter, so sind alle bisherigen Gesellschafter oder deren Vertreter ex lege Liquidatoren. Die Rechtsnachfolger eines verstorbenen Gesellschafters haben diesfalls einen gemeinsamen Vertreter als Mitliquidator zu wählen (Art. 133)[8]), wohl aber hat bei der Beschlußfassung wegen Wahl der Liquidatoren (Art. 133), wie dies sonst bei der mit Erben fortgesetzten Gesellschaft der Fall ist (s. oben S. 172), jeder von ihnen seine Stimme, nicht aber sind die Erben auf eine Collectivstimme beschränkt.[9]) Endlich kann auf Antrag eines Gesellschafters aus wichtigen Gründen[10]) die Er-

---

6) Ebenso §. 112 ung. und §. 116 bosn. H. Ges.

7) In diesem Sinne ist es richtig, wenn Behrend H. R. §. 81 Note 16 die Liquidation selbst ein gesellschaftliches Unternehmen nennt. Von demselben Grundgedanken geht aus Erk. des R. G. III. S. 54 ff. über die Fortdauer der Organe der Actiengesellschaft während der Liquidation. — Vgl. Nöldecke a. a. O.

8) Ebenso §. 108 ung., §. 112 bosn. H. G.

9) v. Hahn, Comm. §. 14 zu Art. 133, Staub, Comm. §. 3 zu Art. 133.

10) Das Gesetz überläßt die Beurtheilung, ob wichtige Gründe vorliegen, dem freien Ermessen des Richters, ohne ein Beispeil zu erwähnen (Keyßner, Comm. Nr. 11 zu Art. 133). — Keyßner in Ztschr. f. H. R. X. S. 336 führt als wichtige Gründe an:

a) „Die zerstreut auf der Erde wohnenden Rechtsnachfolger eines Gesellschafters können zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters nicht sofort oder überhaupt nicht bewogen werden.

b) Die zu große Zahl der Gesellschafter macht ein Zusammenwirken unausführbar.

c) Die früheren Gesellschafter sind in solchem Hader, daß eine gemeinschaftliche Thätigkeit nicht möglich ist.“

nennung von Liquidatoren durch den Richter erfolgen. Dieser kann dann auch Nicht-Gesellschafter zu Liquidatoren ernennen oder als solche beiordnen (Art. 133 Abs. 3). Eine Verpflichtung zur Annahme der Berufung als Liquidator besteht nur für Jenen, der eine diesbezügliche Verpflichtung übernommen hat. Gesellschafter können sich hiezu verpflichten im Gesellschaftsvertrage selbst, oder in einem nachträglichen Uebereinkommen (wie Zustimmung bei der durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter erfolgenden Ernennung der Liquidatoren) oder endlich dadurch, daß sie, wenn im Gesellschaftsvertrage keine Liquidatoren bestellt wurden, im Gesellschaftsvertrage die eventuelle Berufung nicht ablehnen; denn das Gesetz gibt jedem Gesellschafter nicht nur ein Recht auf die Liquidation überhaupt, sondern in diesem Falle bei Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung auch ein Recht auf die Liquidation durch die bisherigen Gesellschafter[11]), die sich ja durch Nichtaufnahme bezüglicher Bestimmungen in den Gesellschaftsvertrag den diesbezüglichen Dispositivnormen des Handelsgesetzbuches unterwerfen. Ein Nicht-Gesellschafter kann sich nur durch Vertrag zur Annahme des Liquidatoramtes verpflichten. Eine Pflicht zur Annahme der richterlichen Ernennung besteht nicht[12]), u. z. auch dann nicht, wenn die Ernennung eine Person trifft, die ex contractu oder ex lege zur Liquidation berufen gewesen wäre. Mit der Ernennung der Liquidatoren durch den Richter treten die in obiger Weise etwa bindend gewesenen Berufungen durch Vertrag oder Gesetz außer Kraft[13]), erlischt sohin auch eine etwa übernommene Pflicht hiezu.

Die Liquidatoren sind von den Gesellschaftern bezw. ihren Rechtsnachfolgern beim Handelsgerichte anzumelden (Art. 135)[14]), und dies auch dann, wenn alle Gesellschafter Liquidatoren sind.[15]) Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form beim Handelsgerichte einzureichen (Art. 135). Die Nichtbefolgung dieser Anmeldungsvorschriften zieht Ordnungsstrafen nach sich (Art. 135, §§. 12 u. 13 Einf. Ges.). Rücksichtlich der Geltendmachung und Wirkung der Eintragung bezw. der Folgen der Unterlassung derselben Dritten gegenüber gelten auch hier die oben (S. 91, 111) rücksichtlich der Eintragung oder Nicht-Eintragung der Aenderung der Firmainhaber oder des Erlöschens der Procura entwickelten Grundsätze.

III. Die Befugnisse der Liquidatoren bestimmen sich durch den Zweck der Liquidation. Durch die Liquidation sollen die Geschäfte der Gesellschaft abgewickelt, Forderungen eingezogen und Schulden gezahlt werden, und soll über das Vermögen verfügt werden. Die Befugnisse der Liquidatoren sind daher im Allgemeinen ähnlich jenen der geschäftsführenden und vertretungsbefugten Gesellschafter während des Bestehens

---

11) Staub §. 4 zu Art. 207, a. A. Behrend, G. R. §. 81 Note 23.

12) Puchelt, Comm. I. Nr. 6 zu Art. 133, vgl. Nr. 1 zu Art. 134.

13) Staub, Comm. §. 9 zu Art. 133.

14) Ebenso ung. H. G. B. §. 110, bosn. §. 114.

15) Prot. S. 1013.

der Gesellschaft, doch ist der Umfang ihrer Vollmacht mit Rücksicht auf den Zweck der Liquidation ein etwas engerer als jener der geschäftsführenden und vertretungsbefugten Gesellschafter, und gelten mehrere Liquidatoren, wenn nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können, als collectivbevollmächtigt (Art. 136).[16]) Die Liquidatoren sind die Geschäftsführer und Vertreter der aufgelösten Gesellschaft, der liquidirenden Gemeinschaft. Auch hier betrifft die Geschäftsführung das Verhältniß nach Innen, die Vertretungsbefugnisse wirken nach Außen hin. Erstere Befugniß kann durch Uebereinkunft der Gesellschafter abgeändert, letztere wohl erweitert, aber nicht rechtswirksam gegenüber Dritten unter das gesetzliche Maß eingeschränkt werden (Art. 138).[17]) Ist bezüglich des Umfanges der Geschäftsführung keine Vereinbarung getroffen worden, oder erfolgt nicht etwa im einzelnen Falle eine besondere einstimmige Anweisung der Liquidatoren durch die Gesellschafter[18]), so deckt sich ihre Geschäftsführungsbefugniß dem Umfange nach mit ihrer Vertretungsvollmacht. Insbesondere haben die Liquidatoren nachstehende Befugnisse und Pflichten:

1. Sie haben die laufenden Geschäfte der Gesellschaft zu beendigen[19]), was aber nicht dahin zu verstehen ist, daß sie diese vorzeitig beendigen müßten, worauf am allerwenigsten Dritte Anspruch haben.[20]) Zum Zwecke der Beendigung der alten (schwebenden) Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen. Bei der Mehrzahl der Geschäftsabschlüsse ist es wohl für den Dritten nicht allzu schwer, sich zu überzeugen, ob es sich um ein neues Geschäft handelt, wozu der Liquidator nicht berechtigt wäre, oder um Fortsetzung eines schwebenden Geschäftes im Sinne des Art. 137.[21]) Schwierigkeiten und Bedenken werden sich aber dann ergeben, wenn Ordrepapiere ausgestellt, acceptirt oder indossirt werden. Ohne Zweifel sind die Liquidatoren nur dann berechtigt Ordrepapiere auszustellen, zu acceptiren oder zu indossiren, wenn sie zum Zwecke der Erfüllung einer Verpflichtung oder Realisirung einer Forderung dienen,

16) Siehe Behrend a. a. O. I. §. 82 Note 3; — dem Art. 136 H. G. B. entsprechen §. 111 des ung. und 115 des bosn. H. G.

17) Die Gesellschafter (Gemeinschafter) können die Befugnisse der Liquidatoren sich gegenüber einschränken und regeln. (v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 137.) — Dem Art. 137 H. G. B. entsprechen §. 112 des ung. und 116 des bosn. H. G.

18) Dies Recht der Gesellschafter entspringt ihrer Befugniß, auf die (Durchführung der) Liquidation zu dringen. (Behrend H. R. I. §. 82 S. 576.)

19) Auch die Weiterführung schwebender Processe gehört hieher (R. O. H. G. XXI. S. 127 ff.).

20) R. G. V. S. 8.

21) v. Hahn, Comm. I. §. 4 zu Art. 137. Rücksichtlich der Praxis s. Willenbücher, H. G. Nr. 4 zu Art 137. — Nach Entsch. des R. O. H. G. XXI. S. 308 hat der Dritte, der mit dem Liquidator contrahirt, zu prüfen, ob es sich um ein Abwicklungsgeschäft oder um ein neues Geschäft handle und in letzterem Falle, ob dieses neue Geschäft zur Beendigung eines schwebenden dient oder nicht. Den causalen Zusammenhang braucht nach eben diesem Erkenntnisse der Kläger nicht sofort in der Klage zu begründen, er kann einen diesbezüglichen Einwand des Beklagten abwarten. Demjenigen, der behauptet, daß ein Geschäft des Liquidators zum Zwecke der Beendigung schwebender Geschäfte eingegangen wurde, obliegt der Beweis hiefür. (R. O. H. G. XIII. S. 226.)

die entweder bereits zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft vorhanden war oder aus einem zur Beendigung schwebender Geschäfte eingegangenen neuen Geschäfte hervorgegangen ist.[22]) Auch durch Wechselerklärungen der Liquidatoren können die Gesellschafter verpflichtet werden, wenn jene einen auf Schuld trassirten Wechsel oder infolge eines Creditvertrages mit dem Bezogenen oder zu dem Zwecke der Verwendung der Valuta im Interesse der Liquidation einen Wechsel ausstellen, oder einen auf Schuld der Gesellschaft trassirten Wechsel acceptiren oder einen von der Gesellschaft unter ihrer ursprünglichen Firma (nicht der Liquidationsfirma) erworbenen Wechsel indossiren, während wenn der indossirte Wechsel während der Dauer der Liquidation eingegangen ist, die Wirksamkeit des Indossaments für die Gesellschaft von der Berechtigung der Liquidatoren zum Erwerbe des Wechsels abhängt.[23]) Wenn es die Zwecke der Liquidation erheischen, können die Liquidatoren auch Immobilien (Grundstücke, Lagerräume) für die Liquidationsgemeinschaft erwerben.[24])

2. Die Liquidatoren haben die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, d. i. sämmtliche Verpflichtungen, also nicht bloß solche gegen Dritte, auch solche gegen die Gesellschafter als Gläubiger der Gesellschaft. Ebenso haben die Liquidatoren die Zinsenansprüche der Gesellschafter nach Art. 108 Abs. 2[25]) und die Forderung auf Gewinnantheil zu erfüllen, letztere aber nur soweit, als sie nicht zur Deckung von Schulden der Gesellschaft, welche erst später fällig werden, oder der Ansprüche, welche den einzelnen Gesellschaftern bei der Auseinandersetzung zustehen, zurückbehalten werden müssen (Art. 141, 91).[26])

3. Die Liquidatoren haben die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen, sowohl die Forderungen, welche die Gesellschaft an Dritte hat,

---

22) v. Hahn, Comm. I. §. 4 zu Art 137.

23) v. Hahn a. a. O. §. 5 zu Art. 137. — Der Liquidator kann einen von ihm im eigenen Namen auf die Handelsgesellschaft gezogenen Wechsel wirksam acceptiren. Die Legitimation des Liquidators zur Acceptation kann wegen collidirenden Interesses nicht verneint werden, denn bei einer Interessencollision würde sich eventuell nur die Verpflichtung des Liquidators der Gesellschaft gegenüber, sich der Acceptation zu enthalten, ergeben, nicht aber könnte diese Beschränkung der Befugnisse des Liquidators Dritten gegenüber wirksam sein (Art. 138 H. G. B.), zu welchen auch der Liquidator gehört, sofern er nicht als Vertreter der Gesellschafter, sondern als Gegencontrahent in Betracht kommt (R. G. VII. S. 190 f.). Ebenso kann der Liquidator der Gesellschaft nach Leistung einer Abschlagszahlung auf eine vor Auflösung der Gesellschaft entstandene Wechselschuld der Gesellschaft über den Restbetrag dem bisherigen Wechselgläubiger einen neuen Wechsel ausstellen, sofern nicht durch die Umstände dargethan wird, daß ein Zusammenhang zwischen dem alten und dem neuen Geschäfte nicht besteht (R. G. IV. S. 66).

24) v. Hahn a. a. O. §. 6 zu Art. 137; Lastig in Endemann's Hdb. I. §. 94 Nr. V. (S. 420); Keyßner, Comm. Note 7 zu Art. 137, der seine frühere entgegengesetzte in der Ztschr. f. H. R. X. S. 360, 361 (Separatabdruck S. 52, 53) entwickelte Ansicht mit Rücksicht auf die Ausführungen v. Hahn a. a. O. fallen gelassen hat; a. A. Noack in Busch's Arch. IV. S. 211 (gegen die Ausführungen Noack's vgl. Pollitzer, Verhalten des allg. d. H. G. z. Immobiliarverkehr. S. 72 und 73).

25) S. oben S. 155, 157.

26) Vgl. ung. H. G. §§. 116, 69, bosn. §§. 120, 73.

als auch jene an die Gesellschafter, sei es aus mit denselben abgeschlossenen Geschäften, sei es auf Grund des Societätsverhältnisses.[27])

4. Die Liquidatoren haben das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zu „versilbern", d. h. zu veräußern, sei es aus freier Hand oder im Wege öffentlicher Feilbietung. Die Veräußerung von Immobilien durch die Liquidatoren kann ohne Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter, welche im speciellen Falle einzuholen ist oder auch allgemein als Erweiterung der gesetzlichen Vollmacht gegeben werden kann[28]), nicht anders als durch öffentliche (d. i. nicht gerade gerichtliche, sondern auch außergerichtliche) Versteigerung bewirkt werden (Art. 137 Abs. 2). Hiedurch wird aber nicht die Befugniß der Liquidatoren der offenen Handelsgesellschaft zur Veräußerung von Immobilien beschränkt, sondern nur die Art der Ausübung dieses Veräußerungsrechtes festgesetzt, um zu verhüten, daß Immobilien um geringes Entgelt verschleudert würden.[29]) Die Bestimmung des Gesetzes, daß die Zustimmung der Gesellschafter zur freihändigen Veräußerung eines Immobile durch die Liquidatoren nur durch einstimmigen Beschluß ertheilt werden kann, ist, da das Gesetz nun einmal die freihändige Veräußerung von Immobilien von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig macht, keine Besonderheit, sondern findet ihre Begründung in dem oben entwickelten Wesen der offenen Handelsgesellschaft (s. oben S. 150).

Die eben besprochene nur für den speciellen Fall einer nicht öffentlichen Versteigerung von Gesellschaftsimmobilien geltende Gesetzesbestimmung darf nach allgemeinen Rechtsvorschriften nicht extensiv interpretirt werden; sie darf daher auch nicht auf die Verpfändung ausgedehnt werden.[30])

---

27) v. Hahn a. a. O. §. 7 zu Art. 137, vgl. auch noch v. Kräwel in Busch's Arch. IV. S. 57; zur deutschen Praxis vergl. Staub, Comm. §.4 zu Art 137, Willenbücher, H. G. Nr. 3 a zu Art. 137, Gareis-Fuchsberger, H. G. B. Nr. 230 bei Art. 137. Hienach gehören insbesondere hieher: Einziehung der Gesellschaftsforderungen im Namen der Gesellschaft (R. O. H. G. XXI. S. 128), Einziehung rückständiger vertragsmäßiger Einlagen früherer Gesellschafter (R. O. H. G. XXII. S. 136, XXV. S. 161—170, R. G. IV. S. 67). Sie sind nicht berechtigt, „in Ermanglung ausreichenden Cassenbestandes zur Deckung fälliger Schulden, Zuschüsse von den Gesellschaftern zu verlangen" (Staub a. a. O.), weil diese nach Art 92 nicht verpflichtet sind, die Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen, oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen, welche Bestimmung auch während der Liquidation Anwendung findet (Art. 144 H. G. B. R. O. H. G. XXV. S. 160), und ebensowenig sind sie berechtigt, die sich ergebenden Passiv-Saldi der einzelnen Gesellschafter einzuklagen (R. O. H. G. V. S. 390). Zur Cession von Forderungen scheinen die Liquidatoren nach dem Wortlaute des Art. 137 nicht berechtigt zu sein (Staub a. a. O.), doch dürfte eine öffentliche Versteigerung der uneinbringlichen Außenstände unter den Gesellschaftern oder mit Hinzuziehung Dritter der Vorschrift des Gesetzes, die Forderungen einzuziehen, nicht widersprechen, indem auch hier eine Verwerthung der Forderungen, in diesem Falle die einzig mögliche Verwerthung der Forderung, stattfindet (Keyßner, Ztschr. f. H. R. X. S. 381; Prot. S. 1015).

28) v. Hahn, Comm. I. §. 9 zu Art. 137 und zu Art. 138.

29) Motive z. preuß. Entw. eines allg. d. H. G. B. S. 71, 72.

30) A. A. Noack in Busch's Arch. IV. S. 211 und Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. II. Nr. VI. Z. 3 zu Art. 127. (S. dagegen Pollitzer a. a. O. S. 69 ff.)

Denn erstlich enthält Art. 137 überhaupt keine Beschränkung der Veräußerungsbefugniß, sondern, indem er eine bestimmte Form ihrer Ausübung festsetzt, anerkennt er die Veräußerungsbefugniß der Liquidatoren; aber die für die Veräußerung als den weiteren Begriff vom Gesetze in einem bestimmten Falle (d. i. bei der Veräußerung aus freier Hand) verlangte Form der Ausübung des Veräußerungsrechtes kann nicht auch auf das minus, die Verpfändung, ausgedehnt werden, zumal hier die Gründe entfallen, die obige Gesetzesbestimmung veranlaßt haben. Und zweitens hätte das Gesetz, wenn es wirklich für die Verpfändung dasselbe wie für die freihändige Veräußerung hätte normiren wollen, wohl auch hier wie an anderen Stellen[31]) die Belastung der Immobilien neben der Veräußerung angeführt.

5. Die Liquidatoren haben die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, ohne hiezu einer speciellen Vollmacht zu bedürfen. Insbesondere sind sie zur Proceßführung und Eidesleistung für die Gesellschaft berechtigt[32]), und ferner berechtigt und verpflichtet zum Schutze der Gesellschaftsrechte. Der Liquidator kann auch Namens der Gesellschaft mit sich selbst contrahiren[33]), selbst gegen die Gesellschaft klagen, aber nicht nomine der Gesellschaft gegen sich selbst klagen[34]); doch können die übrigen Gesellschafter gegen ihn in Vertretung der Gesellschaft klagend auftreten.

6. Die Liquidatoren können Vergleiche schließen und Compromisse eingehen. Hieraus kann jedoch nicht die Befugniß der Liquidatoren zur Stellung des Concursantrages oder zur Abschließung des Zwangsausgleiches gefolgert werden[35]); denn die Stellung des Concursantrages ist kein Vergleich, und diesen Antrag kann jeder Liquidator, auch der sonst nur collectivberechtigte Liquidator stellen, zum Zwangsvergleich aber sind die Liquidatoren als solche überhaupt nicht befugt, sondern der Antrag auf Zwangsausgleich muß von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern ausgehen.

Eine negative Abgrenzung der Befugnisse hat das Gesetz nicht vorgenommen; doch ergibt sie sich aus Obigem von selbst.[36]) So ist es wohl klar, daß die Liquidatoren alle jene Handlungen nicht vornehmen dürfen, welche den Betrieb eines Handelsgewerbes voraussetzen. Sie dürfen daher nicht Procuristen bestellen[37]), wohl aber einzelne handelsrechtliche Aufträge und Handelsvollmachten ertheilen und Gehilfen aufnehmen. Auch können sie außer im Falle der Zustimmung aller Gemeinschafter[38]) den Sitz der Gesellschaft nicht verlegen und auch nicht das

31) Art. 42, 114; vgl. §§. 38, 90 des ung., 41, 94 des bosn. H. G.

32) Bezügl. der deutschen Praxis zu Nr. 5 im Texte übh. s. Staub a. a. O. §. 6; Eidesleistung für die Gesellschaft. (R. O. H. G. XXI. S. 344, 391; anders Wach, Hdb. des Civilproc., 1885, S. 531; Francken a. a. O. S. 152).

33) R. G. VII. S. 119.

34) R. G. VII. S. 405.

35) So Gareis-Fuchsberger, Comm. S. 271 Note 243.

36) Staub, Comm. §§. 13—17 zu Art. 137.

37) R. O. H. G. XIII. S. 223 ff.

38) Puchelt, Comm. I. Nr. 9 zu Art. 144.

Firmarecht verkaufen. Das zu liquidirende Geschäft als Ganzes können die Liquidatoren nur mit Zustimmung aller Gesellschafter (arg. Art. 140)[39]), oder dann verkaufen, wenn „Verbindlichkeiten nicht vorhanden, die Forderungen uneinziehbar, und hinsichtlich der Grundstücke die Zustimmung der Socien vorhanden“[40]) ist.

Rücksichtlich des Maßes der von den Liquidatoren anzuwendenden Sorgfalt ist zu unterscheiden, ob die Liquidatoren Gesellschafter sind oder nicht. In ersterem Falle obliegt den Liquidatoren die diligentia quam in suis, im zweiten Falle jene eines Mandators.

Die Liquidatoren haben in der Weise zu zeichnen, daß sie der bisherigen als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beisetzen (Art. 139).[40a])

Ein Anspruch auf Vergütung steht den Liquidatoren nur zu, wenn diese ausdrücklich verabredet war, ohne besondere Verabredung aber nur ernannten Liquidatoren und auch diesen nur dann, wenn ihnen diese Vergütung als Provision für der Gemeinschaft in Ausübung der Liquidationsgeschäfte geleistete Dienste im Sinne des Art. 290[41]) oder nach Handelsgewohnheitsrecht oder nach bürgerlichem Rechte zukäme.

IV. Die Abberufung der Liquidatoren vor Beendigung ihrer vorgeschriebenen Thätigkeit erfolgt durch einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter, oder über Antrag eines Gemeinschafters aus wichtigen Gründen durch den Richter (Art. 134).[42]) Der abberufene Liquidator, der nicht Gesellschafter ist, hat kein Recht, der Abberufung zu widersprechen, unbeschadet seiner Rechte aus dem Vertrage; ein Gesellschafter kann seines Liquidatorenamtes nur mit seiner Einwilligung oder unbeschadet seiner Rechte aus dem Vertrage durch richterliches Urtheil enthoben werden und „hat das Recht auf Gehör vor Gericht und der landesgesetzlichen Rechtsmittel“.[43]) Ein im Voraus erklärter Verzicht auf die Abberufung eines Liquidators ist nicht bindend, kann aber zur Entschädigung verpflichten.[44]) Ein nachfolgender Verzicht kann als Nachsicht von Fehlern eines Liquidators in Betracht kommen.[45]) Abgesehen von dieser Abberufung endigt die Vollmacht der Liquidatoren mit der Erfüllung ihres Zweckes, d. i. mit der Vertheilung des nach der Liquidation noch übrig gebliebenen Vermögens unter die Gesellschafter. Austritt wie Abberufung eines Liquidatoren sind zum Handelsregister anzumelden. Wegen der

---

39) Ung. H. G. §. 115; bosn. §. 119.

40) Staub, Comm. §. 16 zu Art. 137.

40a) Ung. H. G. §. 114; bosn. §. 118.

41) Ung. H. G. §. 284; bosn. §. 304.

42) Ung. H. G. §. 109; bosn. §. 113. — Was wichtige Gründe sind, ist hier nach demselben Grundsatze zu beurtheilen, wie bei Widerruf der Geschäftsführung (Art. 101) und bei Antrag auf Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der Zeit bzw. ohne Kündigung (Art. 125), insbesondere finden auch hier die Fälle des Art. 125 Nr. 2—5 analoge Anwendung (v. Hahn, Comm. I. §. 4 zu Art. 134); siehe hierüber oben S. 175 ff. Proceßführung der Gesellschaft gegen einen Liquidator, Abwesenheit des Liquidators vom Gesellschaftssitze ward vom R. G. (IX. S. 30) nicht als wichtiger Grund anerkannt.

43) Puchelt, Comm. I. Nr. 6 zu Art. 134.

44) R. O. H. G. XXIII. S. 324 ff.

45) Puchelt, Comm. I. Nr. 7 zu Art. 134.

Wirkungen der Eintragung oder Nicht-Eintragung der Abberufung oder des Austrittes eines Gemeinschafters (Gesellschafters) ist hier auf das oben (unter III.) rücksichtlich der Eintragung oder Nicht-Eintragung Gesagte zu verweisen.

§. 54.

c) Verfügung und Auseinandersetzung rücksichtlich des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft.

I. Nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft kann über deren Vermögen verfügt werden u. z. je nachdem eine Vereinbarung der Gesellschafter besteht oder nicht, im Sinne dieser Vereinbarung oder nach vorausgegangener Liquidation durch entsprechende Vertheilung (Auseinandersetzung) unter den Gesellschaftern. Durch Vereinbarung der Gesellschafter kann das Vermögen der Gesellschaft an einen der früheren Gesellschafter oder auch an einen Dritten übertragen werden; es kann aber auch das Vermögen in natura unter die Gesellschafter (nunmehr Gemeinschafter) vertheilt werden[1]), oder es kann endlich das Geschäft veräußert und der hiefür erzielte Erlös getheilt werden.

II. Ist eine Liquidation vorausgegangen, so wird die schließliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern durch die Liquidatoren besorgt. Das Gesetz bezeichnet es ausdrücklich als letzte Aufgabe der Liquidatoren, „die schließliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern herbeizuführen" (Art. 142 Abs. 1)[2]), wobei natürlich vorausgesetzt wird, daß die Liquidation bereits beendigt, das Vermögen in Geldeswerth umgesetzt ist und die Gesellschaftsgläubiger befriedigt sind. Vorerst wird von den Liquidatoren nach den für die Gesellschaft geltenden gesetzlichen oder vertragsmäßigen Bestimmungen auf Grund der Liquidationsergebnisse eine Bilanz aufgestellt, welche die Grundlage für die Berechnung der Conti der einzelnen Gesellschafter bildet, wobei in derselben Weise wie bei dem jährlichen Rechnungsabschlusse während des Bestehens der Gesellschaft zu verfahren ist; insbesondere sind auch im vorliegenden Falle die Einlagen bezw. die letztjährigen Activsaldi der Gesellschafter mit vier Percent zu verzinsen (Art. 106; arg. Art. 144)[3]), worauf dann der dem einzelnen Gesellschafter nach Vertrag oder Gesetz zukommende Antheil an Gewinn oder Verlust seinem Conto zu- bezw. abgeschrieben wird. Dieses Verfahren bringt es mit sich, daß die von den Liquidatoren zu verfassende Bilanz sich an die letzte Bilanz der Gesellschaft anschließt. In letzterer aber sind auch bereits in das Eigenthum der Gesellschaft inferirte Sachen, freilich nicht immer nach dem Werthe zur Zeit der Einbringung, den nur das erste der Illation nachfolgende Inventar erweist, sondern nach ihrem jeweiligen Werthe enthalten. Bei Aufstellung

---

1) v. Hahn, Comm. I. §. 1 zu Art. 133.
2) Ung. H. G. §. 117 Abs. 1; bosn. §. 121 Abs. 1.
3) Vgl. ung. H. G. §§. 84 u. 119; bosn. §§. 88 u. 123. — Nach beiden Gesetzen 6% statt 4%, nach allgemeiner Bestimmung der §§. 281 ung. u. 301 bosn. H. G.

der Schlußbilanz durch die Liquidatoren aber werden nun die quoad dominium in das Gesellschaftsvermögen eingebrachten Sachen nach dem Werthe zur Zeit des Einbringens oder nach ihrem vertragsmäßigen Werthe, der aus dem ersten Inventar nach der Illation oder dem Conto des Gesellschafters oder sonst auf anderem Wege ermittelt wird, gutgeschrieben[4]), u. z. auch dann, wenn sie gar nicht mehr existiren, verkauft, vertauscht oder zu Grunde gegangen sind.[5]) Jedoch hat der Gesellschafter kein Recht auf Rückempfang dieser Sachen in natura (Art. 143), sowie er sich auch andererseits eine Rückgabe der inferirten Sache in natura nicht gefallen zu lassen braucht. Quoad usum eingeworfene Sachen aber werden dem Einbringer in natura zurückgestellt. Der Werth des Gebrauches oder Nießbrauches an diesen Sachen wird dem Einbringer gutgeschrieben. Ferner sind auch im vorliegenden Falle die Einlagen bezw. Activsalden der Gesellschafter mit vier Percent zu verzinsen (Art. 106, arg. Art. 144)[6]), worauf dann der dem einzelnen Gesellschafter nach Vertrag oder Gesetz zukommende Antheil an Gewinn oder Verlust seinem Conto zu- bezw. abgeschrieben wird. Die Summe der Activ- oder Passivsaldi der einzelnen Gesellschafter muß gleich sein dem Gesellschaftsvermögen, sei es, daß dieses activ oder passiv ist.[7]) Sind nur Activsaldi vorhanden, so ist das vorhandene Activvermögen der Gesellschaft unter die Gesellschafter nach Verhältniß ihrer Activsaldi zu vertheilen. Ergeben sich Activ- und Passivsaldi, so sind die Gesellschafter mit Activsalden berechtigt, das vorhandene Activvermögen der Gesellschaft nach Verhältniß ihrer Activsaldi unter einander zu theilen und die Berichtigung der Passivsalden zu verlangen u. z. je nach Verhältniß ihrer Activ-Salden. Die Verwirklichung dieses Anspruches liegt jedoch außerhalb der Liquidation.[8]) Sind nur Passivsaldi vorhanden, so werden die Ansprüche der einzelnen Gesellschafter in der Weise berechnet, daß die Summe des etwa vorhandenen Activvermögens unter die Gesellschafter im umgekehrten Verhältnisse zu ihren Passivsalden vertheilt wird, und diese sich hierdurch entsprechend vermindern. Rücksichtlich seines restlichen Passivsaldo, oder wenn kein gesellschaftliches Vermögen außer den Privatsalden existirt, rücksichtlich seines ganzen Passivsaldo ist jeder von den Gesellschaftern den übrigen gegenüber je nach dem Verhältnisse ihrer Passivconten zu einander zu theilweiser Berichtigung seines Passivsaldo verpflichtet. Die Realisirung dieser Ansprüche liegt auch wieder außerhalb des Liquidationsverfahrens; denn die Liquidatoren haben die schließliche Auseinandersetzung herbeizuführen (Art. 142)[9]), nicht aber durchzuführen; Letzteres ist Sache der Gesellschafter selbst.

---

4) Die Fassung des Gesetzes (Art. 143) „er erhält den Werth . . . erstattet" ist ungenau und bedeutet, „der Werth wird ihm in der schließlichen Auseinandersetzung angerechnet." (v. Hahn, Comm. I. §. 2 zu Art. 143; Prot. S. 1014.)

5) Puchelt, Comm. I. Nr. 2 zu Art. 143.

6) Wegen Ungarn und Bosnien siehe Anm. 3.

7) v. Hahn, Comm. §. 1 zu Art. 142, §. 3 zu Art. 106.

8) Behrend, H. R. I. §. 82 (S. 579); v. Hahn, Comm. §. 3 zu Art. 106.

9) Ungarn u. Bosnien s. Anm. 2.

III. Auch noch während der Liquidation kann auf einstimmigen Beschluß der Gesellschafter eine Auseinandersetzung stattfinden, u. z. insbesondere ist dies nothwendig bei uneinziehbaren und unveräußerlichen Ausständen.[10]) In diesem Falle wird unter Außerachtlassung der noch nicht berichtigten Forderungen oder Schulden der Gesellschaft, sowie der noch nicht veräußerten Sachen eine Bilanz aufgestellt und auf Grund dieser Bilanz findet in der oben (unter II.) dargestellten Weise eine vorläufige Auseinandersetzung statt. Wenn nachträglich Forderungen oder Kaufgelder eingehen und Schulden berichtigt werden, so werden, wenn die Gesellschafter nach dem Vertrage in gleichem Maße an dem Gewinne wie an dem Verluste Antheil nahmen, diese Eingänge und die Zubußen zu den bezahlten Passiven nach diesem Verhältniß getheilt. War aber das Verhältniß für die Theilnahme am Gewinne und für die Tragung des Verlustes ein verschiedenes, so wird, wenn hiedurch an dem Ergebnisse der Bilanz, daß überhaupt Gewinn gemacht wurde, oder daß überhaupt Verlust stattfand, sich nichts ändert, nunmehr die Vertheilung wieder in demselben Verhältnisse vorgenommen wie in dieser Bilanz Gewinn bezw. Verlust vertheilt waren, sei es, daß es sich um eine eingezogene Forderung oder sonst eingegangenes Geld handelt, oder sei es, daß eine Gesellschaftsschuld bezahlt wurde. Falls jedoch durch die Eingänge oder Zahlungen das Ergebniß, der Vermögensstand soweit geändert wurde, daß eine activ gewesene Bilanz passiv wurde und umgekehrt, so ist eine neue Bilanz aufzustellen, auf Grund deren eine neue Vertheilung stattzufinden hat.

IV. Endlich kann auch eine Uebereinkunft der Gesellschafter durch einstimmigen Beschluß dahin getroffen werden, daß schon vor Abwicklung der Activen und Passiven der Gesellschaft eine definitive Trennung der Gemeinschaft in der Weise stattfinde, daß einem Gesellschafter einzelne zur Gemeinschaft gehörige Sachen oder Forderungen auf den ihm zukommenden Antheil zugewiesen werden, oder daß derselbe die Verpflichtung zur Abtragung von Passiven übernimmt. Dieses Rechtsverhältniß ist sodann nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilen.[11])

V. Ist oder wird ein Gesellschafter während der schließlichen Auseinandersetzung insolvent, und kann er daher seine Verpflichtungen gegen die Gesellschafter nicht erfüllen, so ist der Ausfall von den übrigen Gesellschaftern nach dem Verhältnisse ihrer Activ- oder Passivsalden zu tragen, da der Anspruch selbst noch aus dem Gesellschaftsvertrage stammt.[12])

VI. Streitigkeiten, welche über die Auseinandersetzung mit oder unter den Gesellschaftern entstehen, werden durch gerichtliches Verfahren zwischen den Gesellschaftern entschieden (Art. 142 Abs. 2), wobei die Liquidatoren in ihrer Eigenschaft als Liquidatoren nichts zu thun haben. Wie die Austragung der Forderungen der Gesellschafter als solcher unter einander erst nach Abschluß der Liquidation gefordert werden kann, so

---

10) Keyßner in Ztschr. f. H. R. X. S. 381.

11) Vgl. hiezu v. Hahn §. 3 zu Art. 142.

12) v. Hahn §. 5 zu Art. 142; a. A. Behrend, H. R. I. §. 82 Note 27, Staub, Comm. §. 4 lit. d zu Art. 142.

können auch solche Forderungen der Gesellschafter unter einander erst nach Abschluß der Liquidation geltend gemacht werden.

VII. Von dem oben (unter II.) besprochenen Falle einer Auseinandersetzung vor Schluß der Liquidation ist zu unterscheiden, daß nach dem mehrerwähnten Art. 141 die während der Liquidation entbehrlichen Gelder vorläufig (vor Abschluß der Liquidation) unter die Gesellschafter verteilt werden, weiter jedoch die zur Deckung später fällig werdender Schulden der Gesellschaft und der den Gesellschaftern bei der Auseinandersetzung zukommenden Ansprüche erforderlichen Gelder zurückzubehalten sind.

§. 55.

d) Aufbewahrung der Bücher der aufgelösten Handelsgesellschaft.

I. Nach Beendigung der Liquidation werden die Bücher und Schriften der aufgelösten Gesellschaft einem der gewesenen Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben (Art. 145).[1]) Es steht den Gesellschaftern frei, die Person des Aufbewahrers durch „gütliche Uebereinkunft", wie das Gesetz (Art. 145) sagt, d. i. im Gesellschaftsvertrage oder in einem späteren Uebereinkommen, oder durch einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter bezw. ihrer Rechtsnachfolger zu bestimmen; jedoch ist nicht erforderlich die Zustimmung eines Liquidators, der nicht Gesellschafter ist.

Geht das Geschäft nach Auflösung der Gesellschaft auf einen neuen Inhaber über, der als Rechtsnachfolger der Gesellschaft erscheint, so kommen die Gesellschafter in der Regel dahin überein, daß diesem auch die Bücher und Schriften zu überlassen sind. Ja, es wird sogar angenommen, daß in der Ueberlassung des Geschäftes an einen Gesellschafter oder an einen Dritten implicite eine Uebereinkunft auf Uebertragung der Aufbewahrung der Bücher und Schriften der Gesellschaft an diesen Gesellschafter oder an diesen Dritten enthalten sei.[2]) In Ermanglung einer solchen Uebereinkunft bestimmt das Gericht, wem die Bücher zur Aufbewahrung zu übergeben sind.[3])

II. Die Frist der Aufbewahrung der Bücher und Schriften ist durch Art. 33 H. G. B. auf zehn Jahre festgesetzt, für erstere vom Tage der letzten Eintragung, d. i. hier die letzte Eintragung während der Liquidation an gerechnet, für letztere vom Tage ihrer Ausfertigung an gerechnet.

III. Den Gesellschaftern und ihren Rechtsnachfolgern steht das Recht der persönlichen Einsichtnahme und Benutzung der Bücher zu, ev. auch unter Zuziehung von Sachverständigen.[4]) Dies Recht steht allen Gesellschaftern zu, sohin auch jenem, welcher selbst, z. B. durch seine Unredlichkeit, die Auflösung der Gesellschaft veranlaßt hat. Zweck, Einsichtnahme und Benutzung ist gleichgiltig, ihr Umfang unbeschränkt.[5])

---

1) Ung. H. G. §. 120; bosn. §. 124.
2) R. O. H. G. XIX. S. 420.
3) R. O. H. G. VII. S. 73—75.
4) Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 337.
5) Es können rein persönliche Zwecke

IV. Die Verletzung dieser Vorschriften zieht dieselben Folgen nach sich, wie Verletzung aller sonstigen Büchervorschriften.

V. Diese im Gesetze für den Fall einer vorausgegangenen Liquidation gegebenen Bestimmungen gelten wohl auch im Falle einer Auseinandersetzung vor Beendigung der Liquidation oder ohne Liquidation.

§. 56.

e) Verjährung.

I. Zufolge seiner solidarischen und persönlichen Haftung, welche rücksichtlich der während des Bestehens der Gesellschaft begründeten Ansprüche dritter Personen diesen gegenüber auch durch die Auflösung der Gesellschaft an sich nicht berührt wird, hat der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ein Interesse daran, daß im Falle der Auflösung der Gesellschaft die Geschäfte derselben möglichst rasch abgewickelt werden und daß er nicht allzulange Zeit nach Auflösung der Gesellschaft der Gefahr ausgesetzt ist, aus dieser seiner solidarischen Haftung wegen Schulden der Gesellschaft belangt werden zu können.[1]) In Berücksichtigung dieses Interesses setzt nun das Handelsgesetzbuch für die Verjährung der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die einzelnen Mitglieder der aufgelösten Handelsgesellschaft eine kürzere Frist als das gemeine Recht und als verschiedene particulare Rechte[2]) fest, nämlich eine Frist von fünf Jahren, beginnend von dem Tage der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister[3]), oder bei einer erst nach Eintragung der Auflösung fällig werdenden Forderung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit

---

die Einsichtnahme und Benutzung der Bücher veranlassen, z. B. Erlangung von Recepten der Fabricationsmethode oder Gewinnung von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, oder Ausnutzung der Handels- oder Geschäftsbeziehungen der aufgelösten Gesellschaft. (Staub a. a. O. §. 3; Puchelt Nr. 4 zu Art. 145; Behrend, H. R. I. §. 82 Note 42; Erk. in Ztschr. f. H. R. XV. S. 251.)

Das Recht der Einsichtnahme und Benutzung erstreckt sich auch auf Privatbücher eines früheren Gesellschafters, soweit darin Aufzeichnungen über die Gesellschaft enthalten sind. (R. O. H. G. VI. S. 296.)

1) Prot. S. 260 f. Hiefür wurde außerdem auch die Verschiedenheit der particulären Gesetzgebung in Deutschland rücksichtlich der Verjährungsfristen geltend gemacht und es als wünschenswerth bezeichnet, in dieser Matreie wenigstens theilweise eine Einheit zu schaffen.

2) Oestr. allg. b. G. B. §§. 1478, 1479; jedoch ist hiebei die ratio legis der Bestimmungen des H. G. B. über die Verjährung ins Auge zu fassen, und es sind alle Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes, welche hiemit nicht zu vereinigen sind, als beseitigt anzusehen. (R. G. X. S. 42.)

3) Der Tag der Eintragung wird nach östr. Rechte mitgezählt (Unger, System des östr. allgem. Privatr. II. §. 106 S. 195 ff.; Hasenöhrl, Das österreich. Obl. R. II. §. 103 S. 645), nicht aber nach deutschem Reichsrechte. (Staub, Comm. §. 7 zu Art. 146; R. G. XI. S. 42.) Nach ung. H. G. §. 121 und bosn. H. G. §. 125 beginnt die Verjährung erst mit dem Tage, an welchem die Auflösung der Handelsgesellschaft auf Grund der Eintragung in das Handelsregister kundgemacht wurde.

In der Eintragung der Auflösung liegt zufolge der Publicität des Handelsregisters und der damit verbundenen Kundmachung zugleich eine Mahnung der Gläubiger, ihre Rechte geltend zu machen. (Gareis, H. R. §. 30 S. 159.)

(Art. 146).[4]) Diese fünfjährige Frist gilt jedoch nur, sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung gesetzlich — sei es nach dem Handelsgesetzbuche oder nach anderen Gesetzen — eine kürzere Verjährungsfrist eintritt, wie z. B. nach Art. 349[5]) H. G. B. Klagen aus dem handelsrechtlichen Distanzkaufe[6]) (d. i. Kauf unter Abwesenden) wegen physischer Gewährleistungsmängel, ausgenommen den Fall des Betruges (Art. 350)[7]), in sechs Monaten nach Ablieferung an den Käufer verjähren[8]), was nicht hindert, daß die Haftbarkeit des Verkäufers vertragsmäßig auf kürzere oder längere Zeit festgesetzt werde, ferner die Einreden wegen solcher Mängel aufrecht bleiben, wenn die Anzeige derselben innerhalb sechs Monate nach Ablieferung an den Käufer ordnungsmäßig abgesendet worden ist[9]), und Klagen gegen den Spediteur oder Frachtführer wegen gänzlichen Verlustes oder arger Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes außer im Falle des Betruges oder der Veruntreuung durch den Spediteur oder Frachtführer nach einem Jahre verjähren, welche Frist bei gänzlichem Verluste mit Ablauf des Tages der fälligen Lieferung, bei Verminderung, Beschädigung, Verspätung mit dem Ablaufe des Tages der factischen Lieferung beginnt, und wie endlich Einreden wegen Verlustes, Verminderung, Beschädigung, Verspätung gleichfalls nur erlöschen, wenn nicht innerhalb eines Jahres die Anzeige dieser Thatsachen an den Spediteur oder Frachtführer abgesandt worden ist (Art. 386, 408)[10]) u. a. m. Auf die Verjährung einer Forderung, welche aus anderen Gründen schon vor Auflösung der Gesellschaft zu laufen ange-

4) Nach ung. H. G. (§. 121) u. bosn. H. G. (§. 125) ist bei Forderungen, die erst nach Kundmachung der Eintragung (nicht schon, wie nach östr. u. deutschem H. R. nach der Eintragung selbst; siehe oben Anm. 3) fällig werden, zu unterscheiden, ob dieselben an eine Aufkündigungsfrist gebunden sind oder nicht. In ersterem Falle beginnt die Verjährung ohne Rücksicht auf die geschehene Kündigung mit Ablauf der Aufkündigung vom Tage der Kundmachung der Eintragung der Auflösung an gerechnet, in letzterem Falle mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit.

Die Forderung kann übrigens auch erst nach der Eintragung im Handelsregister entstanden sein, z. B. wenn ein bisheriger Gesellschafter einem Dritten, dem die Auflösung nicht bekannt ist, noch bekannt sein mußte, die Gesellschaft obligirt, oder wenn ein Liquidator innerhalb seiner Befugnisse eine Schuld der Gesellschaft contrahirt. (v. Hahn, Comm. I. §. 8 zu Art. 146.) Auch auf solche Forderungen finden die Bestimmungen des Art. 146 H. G. B. Anwendung. — Für Ungarn und Bosnien-Herzegowina gelten analog die Normen des §. 121 bezw. 125 auch für nach Kundmachung der Eintragung entstandene Forderungen.

5) Mit Art. 349 H. G. B. stimmen inhaltlich überein §. 349 ung. H. G. und §. 367 bosn. H. G.

6) So die herrschende Lehre, u. auch R. O. H. G. IV. S. 184, X. S. 337, 349; XI. S. 46, XXIV. S. 51. Jedoch nahm das preuß. Ober-Tribunal (Entsch. LXII. S. 208 u. in Striethorst LXXVI. S. 103) an, daß nur Abs. 3 wegen Verweisung auf Art. 347 auf Distanzgeschäfte zu beziehen sei.

7) Ung. H. G. §. 350; bosn. §. 368.

8) Ebenso 933 a. b. G. B. rücksichtlich der Gewährleistung beim Kaufe beweglicher Sachen.

9) Anders §. 933 a. b. G. B., wonach, sofern es sich um Mobilien handelt, nach Ablauf der Frist von 6 Monaten (bei Immobilien von 3 Jahren) die bezüglichen Mängel auch einredeweise nicht mehr geltend gemacht werden können.

10) Vgl. §§. 390 u. 410 ung. u. §§. 403 u. 423 bosn. H. G.

fangen hat, und für deren Ablauf nur mehr ein kürzerer Zeitraum als fünf Jahre fehlt, hat obige Bestimmung des Handelsgesetzbuchs (Art. 146) keine Anwendung[11]), wohl aber auf eine solche, welche zwar schon vor der Auflösung zu laufen begann, für deren Ablauf aber noch ein längerer Zeitraum als fünf Jahre erübrigen würde.

II. Gegenstand dieser (kürzeren) Verjährung sind nur die Klagen Dritter gegen die Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft u. z. ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund, sofern sie nur die Correalhaft der Gesellschafter auf Grund des Art. 112 H. G. B.[12]) begründen. Auch während der Liquidation enstandene Verpflichtungen der Gemeinschaft gehören hierher. Diese Verjährung trifft jedoch nicht Klagen gegen die Gesellschaft oder Gemeinschaft selbst; und so lange überhaupt noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, kann dem Gläubiger, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Gesellschaftsvermögen sucht, die fünfjährige Verjährung nicht entgegengesetzt werden (Art. 147). Eben dasselbe gilt auch rücksichtlich der Forderungen, welche einer der Gesellschafter selbst aus einem selbständigen Rechtsgrunde gegen die Gesellschaft oder Gemeinschaft geltend macht. Soweit jedoch dieser Gesellschafter die ihm als Gesellschaftsgläubiger zustehende Forderung auch gegen einen der Mitgesellschafter geltend machen kann, steht ihm, wenn er sie einem Mitgesellschafter gegenüber geltend macht, die fünfjährige Verjährungsfrist entgegen.[13]) Endlich fallen nicht unter diese Verjährungsfrist Regreßforderungen einzelner Gesellschafter gegen einander.

III. Die Verjährung kann durch ihr entgegenstehende Hindernisse gehemmt oder unterbrochen werden. Im ersteren Falle kann die Verjährung nicht beginnen, oder falls sie bereits begonnen hat, erst nach Wegfall des Hindernisses unter Anrechnung der bereits früher abgelaufenen Zeit wieder fortgesetzt werden, im letzteren Falle kann eine bereits begonnene Verjährung nicht mehr fortgesetzt werden, sondern nach Beseitigung des Hindernisses nur eine neue Verjährung beginnen.

Da das Handelsgesetzbuch keine Hemmungs- oder Unterbrechungsgründe der Verjährung anführt, gelten diesbezüglich die Normen des bürgerlichen Rechtes[14]). Rücksichtlich der Hemmungsgründe statuirt jedoch das H. G. B. (Art. 149) die Ausnahme, daß die fünfjährige Verjährung auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen, sowie gegen juristische Personen läuft, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, d. i. nach §. 36 Einf. Ges. gegen Minderjährige, dann Personen, über welche wegen arger Leibes- oder Gemüthsgebrechen die väterliche Gewalt oder die Vormundschaft verlängert wurde, Wahnsinnige, Blödsinnige, gerichtlich erklärte Verschwender[15]), dann gegen den Fiscus als Verwalter des Staatsgutes oder des Staatsvermögens, Kirchen, Gemeinden

11) Prot. S. 268.

12) Ung. H. G. §. 88; bosn. H. G. §. 92.

13) v. Hahn, Comm. I. §. 1 Note 1 zu Art. 146. A. A. Behrend, H. R. I. §. 84 Note 9; Staub, Comm. §. 2 zu Art. 146.

14) Oestr. allg. b. G. B. §§. 1494, 1495, 1496, 1497, Prot. S. 4535.

15) §§. 187, 21 a. b. G. B.

und andere erlaubte Körperschaften, welche letzteren ohnedies nach bürgerlichem Rechte in Oesterreich bezüglich der Hemmung der Verjährung nicht begünstigt sind[16]), ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter, insofern diese ein Verschulden an der Verjährung des Rechtes trifft. Rücksichtlich der Unterbrechung der Verjährung enthält das Handelsgesetzbuch die gleichsam erläuternde Bestimmung, daß die Verjährung zu Gunsten eines bei der Auflösung einer Gesellschaft zu derselben gehörigen Gesellschafters nicht durch Rechtshandlungen gegen einen anderen Gesellschafter, wohl aber durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren unterbrochen wird (Art. 148)[17]), da ja diese die Gesammtheit der Gesellschafter vertreten. Dasselbe muß wohl auch gelten bezüglich der Rechtshandlungen gegen einen geschäftsführenden Gesellschafter in der Zeit zwischen der Auflösung der Gesellschaft und der Ernennung der Liquidatoren, da diese geschäftsführenden Socii bis zur Aufstellung der Liquidatoren die Gesammtheit der Gesellschaft vertreten.

§. 57.

G. Ausscheiden und Ausschließung von Gesellschaftern (sogen. „partielle Auflösung"; „fortgesetzte Handelsgesellschaft.")[1])

I. Schon bei Besprechung der Auflösungsgründe der offenen Handelsgesellschaft (s. oben §. 52) wurde darauf hingewiesen, daß die Gesellschafter in einzelnen Fällen der Auflösung der Gesellschaft durch eine auf Fortsetzung derselben gerichtete einstimmig getroffene Vereinbarung vorbeugen können. So kann für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters (Art. 123, Z. 2)[2]) vereinbart sein, so kann für den Fall des Ablaufes der Zeit die Gesellschaft stillschweigend (Art. 123, Z. 6)[3]) oder auch auf Grund einer vor Eintritt der Auflösung getroffenen Vereinbarung fortgesetzt werden. Das Gesetz gestattet aber auch, daß einerseits unter bestimmten Voraussetzungen die Gesellschaft trotz des Ausscheidens eines Mitgliedes derselben fortgesetzt werde, sowie daß anderer-

16) §. 1472 a. b. G. B.

17) Vgl. ung. H. G. §. 123, bosn. §. 127, welche diese Bestimmung dahin fassen, daß während der Liquidation die Verjährung zu Gunsten der einzelnen Gesellschafter nur durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren unterbrochen wird, und als solche Rechtshandlung nur die Anstrengung der Klage gelten lassen.

1) Die systematische Stellung dieses Paragraphen am Schlusse der Lehre der offenen Handelsgesellschaft nach dem Abschnitte über die Auflösung der Handelsgesellschaft ergibt sich daraus, daß die in demselben besprochenen Bestimmungen als Mittel zur Verhinderung der Auflösung anzusehen sind. Indem hier theilweise gleiche Folgen eintreten, wie bei der Auflösung, ist es unvermeidlich, Einzelnes aus früheren Abschnitten hier zu wiederholen, soweit es hier in Betracht kommt. — Vgl. zu diesem Abschnitte auch Maassen in Busch's Arch. V. S. 69 ff.

2) Ung. H. G. §. 98 Z. 2; bosn. §. 102 Z. 2.

3) Ung. H. G. §. 98 Z. 6; bosn. §. 102 Z. 6.

seits statt der Auflösung der Gesellschaft in bestimmten Fällen die Ausschließung eines Gesellschafters verfügt werden könne. Diese Fälle sind hier noch näher zu erörtern. Mit dem Worte „Ausscheiden" bezeichnet das Gesetz zumeist den freiwilligen, mit „Ausschließung" den gezwungenen Austritt eines Gesellschafters.[4]) Ersteres bedarf eines diesbezüglichen übereinstimmenden Beschlusses sämtlicher Gesellschafter einschließlich des Ausscheidenden (Art. 127).[5]) Letztere erfolgt nach Art. 128[6]) durch richterliches Urtheil auf Grund eines einstimmigen Antrages sämmtlicher Gesellschafter mit Ausnahme des Auszuschließenden auf Ausschluß dieses einen Gesellschafters aus in der Person des auszuschließenden Gesellschafters liegenden Gründen, welche nach Art. 125[7]) einen Gesellschafter berechtigen, die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei Gesellschaften von unbestimmter Zeitdauer die Auflösung ohne vorherige Aufkündigung zu verlangen (s. oben §. 52).[8])

Die Gesellschafter haben bei dem Umstande, daß ein richterliches Erkenntniß nach §. 1 der allg. Ger. O. nur auf eine Klage hin erfolgen kann, dieses ihr Verlangen auf Ausschluß des betreffenden Gesellschafters in Form einer Klage, nicht etwa eines officiosen Gesuches einzubringen.[9]) Der Streitfrage, ob das hierüber ergehende richterliche Urtheil declarativer oder constitutiver Natur sei, bricht das Gesetz insofern die Spitze ab, als es anordnet, daß die Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem Ausgeschlossenen nach der Vermögenslage zur Zeit der Klagebehändigung zu erfolgen hat (Art. 130 Abs. 1); allein es dürfte hienach wohl anzunehmen sein, daß, wie v. Hahn (Comm. I. §. 4 zu Art. 128) sagt, nicht der Richterspruch als solcher die Ausschließung bewirke, da sonst der Zeitpunkt des Urtheils als maßgebend erklärt worden wäre, daß aber

---

4) Vgl. Art. 127, 128, 130, 131, 146, 148 H. G. B., wo überall Ausscheiden den freiwilligen, Ausschließung den erzwungenen Austritt aus der Gesellschaft bezeichnet. Nur in Art. 132 H. G. B. dürfte „ausgeschieden" soviel wie „ausgeschlossen" sein, denn es handelt sich um einen erzwungenen Austritt aus der Gesellschaft, indem ja die übrigen Gesellschafter anstatt der von einem Privatgläubiger eines Socius beantragten Auflösung die Fortsetzung der Gesellschaft ohne den verschuldeten Socius beschließen. — Das östr. a. b. G. B. setzt der Ausschließung die Aufkündigung gegenüber (§. 1213) und faßt beides unter dem Worte „Austritt" zusammen (Marginalrubrik bei §. 1205). Es dürfte nicht zutreffend sein, wenn in v. Stubenrauch's Comm. zum a. b. G. B. 4. Aufl., besorgt von Schuster u. Schreiber bei §. 1213 unter Nr. 1 das Wort „Aufkündigung" einfach durch „Austritt" ersetzt wird, und so „Ausschließung" und „Austritt" einander gegenübergestellt werden.

5) Ung. H. G. §. 102; bosn. §. 106.

6) Ung. H. G. §. 103; bosn. §. 107.

7) Ung. H. G. §. 100; bosn. §. 104.

8) Art. 128 bezieht sich sowohl durch die Allegirung des Art. 125 als auch seiner ganzen Fassung nach nur auf die in Art. 125 Z. 1—5 angeführten Fälle, nicht auch auf die Auflösungsfälle des Art. 123, wohl aber auf alle Fälle des Art. 125 Z. 1—5 (v. Hahn, Comm. §. 2 zu Art. 123; Brix, Comm. zu Art. 123). Jedoch ist eine Vereinbarung gestattet, die dahin geht, daß die Ausschließung auch im Falle des Art. 123 Nr. 3 (Concurs oder Dispositionsunfähigkeit eines Gesellschafters) oder auch in anderen Fällen zulässig sein solle.

9) Adler-Clemens, VII. Nr. 1314; R. O. H. G. XIV. S. 36; vgl. auch Art. 130 Abs. 1.

andererseits der Beschluß der Gesellschafter auf Ausschließung eines Socius zu seiner Wirksamkeit der Bestätigung durch ein richterliches Erkenntniß bedarf, sowie auch daß ein diesbezügliches richterliches Urtheil ohne einen solchen Beschluß und Antrag der Gesellschafter gar nicht geschöpft werden kann. Der nachträglich genehmigte Beschluß der Gesellschafter gilt als wirksam von dem Zeitpunkte an, in welchem er dem auszuschließenden Gesellschafter gerichtlich notificirt wurde, d. i. vom Tage der Klagebehändigung an.[10])

Auch ohne richterliches Urtheil kann durch einstimmigen Beschluß aller übrigen Gesellschafter mit Ausnahme des Auszuschließenden dessen Ausschluß und die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern beschlossen werden, wenn ein Privatgläubiger eines fruchtlos in Execution gezogenen Gesellschafters von dem ihm durch Art. 126 eingeräumten Kündigungsrechte Gebrauch machend die Auflösung der Gesellschaft verlangt (Art. 132 H. G. B.[11]); siehe auch oben §. 52).

Ausscheiden oder Ausschließung eines oder mehrerer Gesellschafter ist aber nur da möglich, wo nach Austritt der betreffenden Gesellschafter noch mindestens zwei Gesellschafter zurückbleiben.[12])

Das Ausscheiden wie die Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft sind in das Handelsregister einzutragen. Diese Anmeldung muß durch sämmtliche Gesellschafter, einschließlich des Austretenden erfolgen, sei es mündlich, sei es schriftlich durch eine gemeinsam gezeichnete Eingabe. Die Unterlassung der Anmeldung zieht Ordnungsstrafen nach sich, welche das Gericht von Amtswegen über die Betheiligten verhängen kann (Art. 129).[13])

Dritten kann der eingetragene Austritt eines Gesellschafters unter denselben Bedingungen rechtswirksam entgegengehalten werden, wie die Auflösung der Gesellschaft (s. oben §. 52).

II. In allen diesen Fällen endigt, wie das Gesetz (Art. 127)[14]) sich ausdrückt, die Gesellschaft nur für den Austretenden, während sie im Uebrigen mit allen bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fortbesteht. Es muß daher mit dem ausscheidenden oder ausgeschlossenen Gesellschafter auf Grund der Vermögenslage, in welcher sich die Gesellschaft zur Zeit

10) Anders §. 1213 a. b. G. B., wonach die Wirkungen einer zwar bestrittenen, aber in der Folge für rechtmäßig erklärten Ausschließung auf den Tag, an welchem sie geschehen ist, zurückbezogen wird.

11) Ung. H. G. §. 107; bosn. §. 111.

12) Thöl, H. R. I. §. 101; Laſtig in Endemann's Hdb. I. §. 93; Schlomka in Busch Arch. IV. S. 67; Behrend, H. R. §. 80. Zur Rechtsprechung siehe: R. O. H. G. XI. S. 160—164, XXI. S. 193; R. G. VII. S. 121—125, in welchen Erkenntnissen aus der Fassung der Art. 128—130, bezw. aus der Entstehungsgeschichte derselben deducirt wird, daß nur der Fall geregelt werden sollte, wenn eine Mehrzahl von Gesellschaftern, also mindestens zwei zurückbleiben, zumal das Gesetz den Grundsatz aufstellt, daß es nur eine totale Auflösung der Gesellschaft gebe, der vorliegende Art. 128 sohin eine Ausnahme statuirt und daher nicht extensiv interpretirt werden darf. — Anders öst. Obst. G. H. in Entsch. bei Adler-Clemens, H. R. E. I. Nr. 100.

13) Wegen Ungarn u. Bosnien siehe die Bemerkung oben §. 52 Note 35.

14) Ung. H. G. §. 102; bosn. §. 106.

des Ausscheidens oder zur Zeit der Behändigung der Klage auf Ausschließung bezw. wenn die Ausschließung anstatt der vom Privatgläubiger eines fruchtlos exequirten Gesellschafters verlangten Auflösung der Gesellschaft erfolgt, bei Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem die Kündigung erfolgte, befindet, eine Vermögensauseinandersetzung erfolgen (Art. 130).[15]) Für die Art dieser Vermögensauseinandersetzung kann durch Vertrag der Gesellschafter vorgesorgt sein, mag dieser vor oder nach der Ausschließung bezw. dem Ausscheiden des Gesellschafters geschlossen worden sein.[16])

Die vom Gesetze diesbezüglich gegebenen Bestimmungen (Art. 130 bis 132)[17]) sind dispositiver Natur, und gelten nur, wenn die Gesellschafter nichts Anderes vereinbart haben. Im Falle die gesetzliche Auseinandersetzung platzgreift, erfolgt vorerst die Feststellung des Saldo des Ausgetretenen in derselben Weise wie bei der jährlichen Gewinnvertheilung. Rücksichtlich der noch schwebenden oder späterer mit bisherigen Geschäften zusammenhängenden Geschäfte, an welchen der Ausgetretene auch nach seinem Austritte noch betheiligt ist, kann aber eine Auseinandersetzung noch nicht stattfinden. Der austretende Gesellschafter muß sich selbstverständlich in Betreff der Erledigung dieser Geschäfte dem Ermessen der verbleibenden Gesellschafter unterwerfen[18]), und kann nur, wenn die Abrechnung längere Zeit in Anspruch nimmt, jährlich Rechnungslegung, Ausantwortung der ihm gebührenden Beträge und Nachweisung über den Stand der Abrechnung verlangen.

Der sich bei der obenerwähnten Auseinandersetzung ergebende Conto des austretenden Gesellschafters kann ein Activ- oder Passivsaldo sein. Ersterer erscheint nunmehr einfach als eine Schuld der Gesellschaft an den Austretenden.[19]) Es haften daher sämmtliche zurückgebliebene Gesellschafter correal für diese Schuld, und es kann dieselbe auch im Gesellschaftsconcurse geltend gemacht werden.[20]) Der Passivsaldo des austretenden Gesellschafters ist eine Schuld dieses Gesellschafters an die Gesellschaft, wird daher von dieser wie jede andere ihr Dritten gegenüber zustehende Forderung eingetrieben.

III. Der austretende Gesellschafter bleibt für alle zur Zeit seines Austrittes bereits begründeten Gesellschaftsschulden — beim Gesellschaftsconcurse nur für den Ausfall — mit seinem ganzen Vermögen haftungspflichtig; doch hat er ein Regreßrecht gegen die Gesellschaft bezw. die

---

15) Ung. H. G. §. 105; bosn. §. 109.

16) Vgl. Behrend H. R. I. §. 80 Note 10 und die dort bezogenen Erkenntnisse des R. O. H. G. X. S. 57, XVI. S. 427 ff. Die Auseinandersetzung mit dem ausgetretenen Gesellschafter, sei es auf Grund des Gesetzes oder eines Uebereinkommens, ist Handelsgeschäft (R. O. H. G. XII. S. 368 f.), aber kein Kaufgeschäft. Letzteres kann der Fall sein, wenn ein Gesellschafter nach erfolgter Auseinandersetzung seinen Antheil den übrigen abtritt (Behrend a. a. O.).

17) Ung. H. G. §. 105—107; bosn. §. 109—111.

18) R. O. H. G. X. S. 61; R. G. VII. S. 94, XI. S. 130.

19) R. O. H. G. X. S. 61.

20) Cosack, Lehrb. des H. R. 2. Aufl. §. 87. (S. 515).

21) R. G. XI. S. 123 ff.

in der Gesellschaft zurückbleibenden Gesellschafter auf Rückersatz des auf Gesellschaftsschulden Gezahlten.[21]) Vom Zeitpunkte der Registrirung des Ausscheidens oder der Ausschließung an läuft für den austretenden Gesellschafter die oben (§. 54) besprochene fünfjährige Verjährungsfrist rücksichtlich der Gesellschaftsschulden, für welche er infolge des bestandenen Gesellschaftsverhältnisses correal mit den übrigen Gesellschaftern haftet (Art. 146).[22]) Diese Verjährungsfrist wird nicht unterbrochen durch Rechtshandlungen, welche seitens der Gläubiger gegen die Gesellschaft oder gegen einen anderen Gesellschafter vorgenommen werden (Art. 148 Abs. 1).[23])

§. 58.

3. Die Commanditgesellschaft.[1])

A. Begriff und juristische Natur.

I. Eine Commanditgesellschaft[2]) ist nach Art. 150 H. G. B.[3]) „vorhanden, wenn bei einem unter einer gemeinschaftlichen Firma betriebenen

22) Ung. H. G. §. 121; bosn. §. 125.

23) Ung. H. G. §. 123 Abs. 1; bosn. §. 127 Abs. 1. (Siehe auch oben S. 194.)

1) Literatur: Außer den Commentaren zum H. G. B. Auerbach, Gesellsch. §. 127; Handelsges. S. 146; Thöl, H. R. §. 102, Gareis, H. R. §. 26, Wendt in Endemann's Handb. I. §. 96 ff.; Endemann, H. R. 4. Aufl. §§. 53 u. ff.; Behrend, H. R. I. §. 86 u. ff.; Cosack, Lehrb. des H. R. 2. Aufl. §. 88 u. ff.; Renaud, das Recht der Commanditgesellschaft (1881); Tuchatsch, Die Commanditgesellschaft; v. Kräwel in Busch's Archiv V. S. 95 ff., S. 425 ff.; Diezel in Ztschr. f. H. R. II. S. 1 u. ff.; Schwalb ebenda XXXIV. S. 338 u. ff.; für das österr. Recht v. Stubenrauch, Handelsrecht §§. 96 u. ff.; Randa in östr. Allg. Ger. Z. Nr. 99, 133, 134, 135 v. 1863; Wehli ebenda Nr. 65 v. 1864. Zur Geschichte der Commanditgesellschaft vgl. vor allem Goldschmidt, Hdb. I./1. Universalg. des H. R. S. 254 u. ff.; dann Silberschmidt, Die Commenda in ihrer frühesten Entwickelung bis z. 13. Jahrhdt. (Vorwort von Goldschmidt, 1884); Lastig, de commenda et collegantia. Inaug. Diss. (1870), derselbe, Römisches Accomanditenregister (1887); derselbe, in Ztschr. f. H. R. XXIV. S. 418; Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften (1889) S. 15 u. ff.; vgl. auch Maassen in Busch's Arch. I. S. 324 ff. Ganz kurze geschichtliche Abrisse bei Endemann, H. R. §. 53; Cosack, Lehrb. des H. R. §. 88.

Rechtsquellen: Art. 150—172 H. G. B. §§. 125—146 des ung. und §§. 129—150 des bosn. H. G. In letzteren beiden fehlt die selbstverständliche Bestimmung des Art. 164 H. G. B. über die Fähigkeit der Commanditgesellschaft zum Erwerbe von Rechten, insbesondere auch Eigenthum und anderen dinglichen Rechten an Grundstücken, sowie die Bestimmungen über Gerichtsstand und die active und passive Vertretung bei Gericht. Die Anordnung der Bestimmungen des H. G. B. über die Commanditgesellschaft ist conform jener betr. die offene Handelsgesellschaft, wenn auch ohne äußerliche Abschnitte. Art. 150 bis 156 entsprechen dem I. Abschnitt, Art. 159—162 dem II., Art. 163—169 dem III., Art. 170—172 dem IV. bis VI. Abschnitte des I. Titels des II. Buches. Dasselbe gilt vom ung. u. bosn. H. G.

2) Das Wort „Commanditgesellschaft" ist abgeleitet von commandare = cummandare, daher auch = mandare = manui dare = in die Hand geben, der Hand Jemandes übergeben, daher = anempfehlen, anvertrauen, und in dieser Bedeutung dem römischen Clientelverhältnisse entnommen. (Vgl. Terentius, Eunuchus V. 2.70: me tuae commendo fidei, patronam cupio V. 9: patri se commendavit in clientelam et fidem; Cicero ad fam. VII. 17; Caesar, de

Handelsgewerbe ein oder mehrere Gesellschafter sich nur mit Vermögenseinlagen betheiligen (Commanditisten), während bei einem oder mehreren

---

bello civili III. 57), wofür aber die römischen Juristen (statt der im gemeinem Verkehre gebräuchlichen technischen Bezeichnungen „commandare, permutare, perscribere, rescribere" u. ä., wie sie noch von Cicero und auch später gebraucht werden), die juristisch-technischen Ausdrücke deponere (l. 26. 24. Dig. depos. 16, 3; l. 6 C. depos. 4, 34; l. 186 D. de verb. sign. 50, 16), mandare, delegare, commodare etc. gebrauchen, (Goldschmidt a. a. O. S. 257, 91. 79 Note 94). So bezeichnet auch „commendare" und „commodare" in der lex Romana Wisigothorum „zuerst jedes Hingeben auf Rückgabe, in specie oder in genere, vom Depositum bis zum Darlehen, — später jedes Hingeben in lucrativer Absicht, gleichgiltig in welche römisch-rechtliche Theorie das betreffende Geschäft fallen würde." (Weber a. a. O. S. 16). Die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte wurden sohin unter dem Ausdruck „commendare", „commodare" verstanden, gemeinsam aber war allen diesen der wirthschaftliche Zweck des Exportes und der Wiedereinfuhr nach bezw. von überseeischen Märkten; denn an das Seerecht ward auch in der l. Wisig. hauptsächlich gedacht (siehe Ueberschrift naufragium in l. V. t. V. c V.). Und zu diesem Zwecke erschien das Darlehen als Capitalseinschuß behufs Anschaffung von Waaren und der Transportmittel. Risiko und Gewinn sollten unter den Betheiligten geregelt werden. (Weber a. a. O. S. 17). Denselben Bedürfnissen diente die mittelalterliche Commenda, die in Italien ihren Ursprung hat. Bei dieser schoß, um nur die allgemeinen Umrisse zu bezeichnen, ohne daß hier in die überaus mannigfachen Einzelheiten des Geschäftes eingegangen werden kann — der commendator (der Dahrlehensgeber) das Capital ein, der tractator (der Vollstrecker) vollzog hiemit die vereinbarten Geschäfte, Gewinn aber bezw. Verlust wurden getheilt. Hier lag entweder gar kein Gesellschaftsverhältniß, sondern nur ein Mandat, eine locatio-conductio operarum, oder höchstens eine stille Gesellschaft vor. Denn der commendator galt allein als Geschäftsherr, und der tractator aber ist einem Mandatar, Commissionär, Gehilfen, insbesondere einem commis interessé vergleichbar. Erst später wurden, indesondere in Frankreich, commendator und tractator als Geschäftsherren, letzterer als alleiniger Vertreter und Geschäftsführer betrachtet, und das gemeinsame Vermögen von dem Privatvermögen der Theilnehmer, die nunmehr zu Gesellschaftern unter gemeinsamer Firma wurden, getrennt. Dies war die accomandita, aus der die Commanditgesellschaft entstand. Neben der accomandita gab es noch die participatio ohne gemeinsame Firma, wo der tractator allein als Geschäftsherr erschien (Cosack a. a. O. §. 88 (S. 517).

Es sei hier noch bemerkt, daß in Oesterreich vor Einführung des allg. deutschen H. G. B. zwei verschiedene Systeme neben einander bestanden. In der Lombardei, Venedig, Südtirol, Dalmatien und Krakau, wo diesbezüglich die italienische Uebersetzung des code de commerce galt, gab es Commanditgesellschaften im Sinne des französischen Handelsrechtes mit gesellschaftlicher Firma (Art. 23 cod. di comm.), beschränkter Haftung des Commanditisten nur bis zur Höhe des Betrages, den er eingelegt hatte, oder einzulegen verpflichtet war (Art. 26 cod.), ohne Antheil desselben an der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, wozu er nicht einmal bevollmächtigt werden durfte, widrigenfalls er gleich den offenen Gesellschaftern persönlich und unbeschränkt und correal mit diesen hatte haften müssen, wodurch er aufhörte Commanditist zu sein (Art. 27 und 28 cod.). In den übrigen Kronländern der Monarchie gab es, wie zumeist auch in Deutschland, neben der offenen Handelsgesellschaft nur eine stille Gesellschaft (der Ausdruck Commanditgesellschaft war in diesen Kronländern der Monarchie nicht gebräuchlich), die sich von der offenen Gesellschaft dadurch unterschied, daß der stille Gesellschafter nicht als Mitglied der Gesellschaft angekündigt werden, sein Name nicht in der Firma erscheinen durfte (§. 8 Falliten-Ordnung v. 18. August 1734 und I. §. 4 der Fall.-O. v. 19. Jänner 1758), sowie daß er den Gesellschafts-

anderen Gesellschaftern die Betheiligung nicht in dieser Weise beschränkt ist (persönlich haftende Gesellschafter)", welche letzteren sonst auch offene Gesellschafter, Complementare oder Geranten genannt werden.[4]) Von den drei Essentialien der offenen Handelsgesellschaft sind hier nur mehr zwei, der Handelsgewerbebetrieb und die gemeinschaftliche Firma, vorhanden, während die persönliche unbeschränkte Haftung sich nicht mehr auf alle Gesellschafter erstreckt; und hierin, daß nicht alle Gesellschafter persönlich und unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen haften, sondern die Haftung eines oder mehrerer Gesellschafter auf die geleistete Vermögenseinlage beschränkt ist, liegt der charakteristische Unterschied zwischen der Commandit- und der offenen Handelsgesellschaft. Ja, nach Auffassung des Handelsgesetzbuches ist die Commanditgesellschaft eben nichts Anderes als eine durch die theilweise geänderte Haftung ihrer Mitglieder gekennzeichnete Modification der offenen Handelsgesellschaft, und nur insofern, als die erwähnte Verschiedenheit der beiden in Rede stehenden Gesellschaften eine verschiedene rechtliche Beurtheilung und Normirung für diese Gesellschaftsformen erheischt, stellt das Gesetzbuch besondere der beschränkten Haftung der Commanditgesellschaft Rechnung tragende Rechtssätze für

---

gläubigern nur mit seiner Einlage haftete (s. die beiden cit. Falliten-Ordn. a. a. O. und außerdem Art. VIII W. O. vom 10. Oct. 1763; vgl. auch §. 1204 a. b. G. B., wo zwischen der so beschränkten Haftung der heimlichen Mitglieder einer Handlungsgesellschaft, „welche ihr einen Theil des Fonds auf Gewinn und Verlust dargeliehen haben, aber nicht als Mitglieder angekündigt worden sind", und der unbeschränkten Haftung der „kundgemachten Mitglieder" unterschieden wird), als solcher allerdings nicht zur Geschäftsführung befugt war, wohl aber hiezu bevollmächtigt werden konnte (Hfd. vom 5. März 1808). [Vgl. hiezu v. Stubenrauch, Handb. des östr. H. R. (1863) §. 96 Nr. 1; und auch ältere Bearbeitung (1859) §. 40 Nr. III.].

Auch der preußische Entwurf eines allg. Deutschen H. G. B. hatte neben die offene Handelsgesellschaft als Abart derselben (arg. Art. 155 des preuß. Entw.) die stille Gesellschaft gestellt. In der ersten Lesung bei den Nürnberger Conferenzen wurde die stille Gesellschaft lediglich als ein Rechtsverhältnis zwischen dem offenen und dem stillen Gesellschafter aufgefaßt (daher keine Schriftlichkeit des Vertrages, keine Registrirung), jedoch behielt sich die Commission vor, bei der II. Lesung zu bestimmen, welche Vorschriften für die offene Handelsgesellschaft auch auf die stille Gesellschaft anzuwenden seien (Prot. S. 287—309). Die Redactionscommission kehrte aber dann wieder zur Auffassung des preuß. Entw. zurück, während bei der zweiten Lesung beiden Auffassungen gerecht zu werden versucht wurde, indem man neben der stillen Gesellschaft im Sinne der I. Lesung noch die Commanditgesellschaft annahm (Prot. 1030—1033, 1077—1109, 1151—1157), bis dann in III. Lesung die stille Gesellschaft thatsächlich aus den Handelsgesellschaften überhaupt ausgeschieden und in ein eigenes Buch verwiesen wurde (Prot. S. 4547—4552). Vgl. zur Entstehungsgeschichte des Titels des H. G. B. über die Commanditgesellschaften insbesondere v. Hahn, Comm. I. Vorbemerkung zu diesem Titel.

3) Ebenso ung. H. G. §. 125, woselbst die Commanditisten als „stille Gesellschafter" bezeichnet werden, und bosn. H. G. §. 129.

4) v. Kräwel, Das allg. d. H. G. B. mit erläuternden Anmerkungen, Note 3 zu Art. 150 nennt, um Fremdwörter zu vermeiden, den Commanditisten „Nebengesellschafter", den persönlich haftenden Gesellschafter „Hauptgesellschafter". — Complementar entspricht dem socius qui complementum dat, was mit der completio der Urkunden, hier die Beisetzung der Firmaunterschrift zusammenhängen dürfte (Brunner, Beitr. z. Rechtsgesch. d. röm. u. germ. Urk. S. 66 f., 94 f.).

die Commanditgesellschaft auf.[5]) Deshalb wiederholte hier das Handelsgesetzbuch an verschiedenen Stellen die schon im vorausgehenden Titel für die offene Handelsgesellschaft aufgestellten Grundsätze, oder verweist auf die einschlägigen für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Normen, all' dies aber immer nur, soweit es nicht selbst mit Rücksicht auf die Stellung der nur beschränkt haftenden Commanditisten hievon abweichende Bestimmungen für die Commanditgesellschaft aufstellt. Wo aber nun die besondere Stellung der Commanditisten nicht in Betracht kommt, sind sohin die für die offene Handelsgesellschaft aufgestellten Grundsätze und Normen unbedingt maßgebend, sohin auch rücksichtlich der Beziehungen der persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter unter einander oder zu Dritten; und dies, nur dies will Art. 150, Abs. 2 H. G. B. mit den Worten „Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so ist in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene Handelsgesellschaft"[6]) besagen, nicht aber, daß die persönlich haftenden Gesellschafter etwa in einer engeren Verbindung untereinander stehen und untereinander eine offene Gesellschaft bilden, welche als Eine Person dem Commanditisten oder den einzelnen Commanditisten gegenüber träte. Wohl aber kann es vorkommen, daß eine offene Handelsgesellschaft mit einem Dritten in der Art einen Commanditgesellschaftsvertrag bildet, daß sie in die neue Gesellschaft als persönlich und unbeschränkt haftender Gesellschafter eintritt, oder sich nur mit einer bestimmten Vermögenseinlage, auf welche ihre Haftung beschränkt ist, an der Commanditgesellschaft als Commanditist betheiligt. In diesem Falle steht die ein Mitglied der Commanditgesellschaft bildende offene Handelsgesellschaft den übrigen Gesellschaftern als ein einheitliches Ganzes gegenüber, weshalb sie auch, wenn nicht etwa bei Eingehung des Commanditgesellschaftsvertrages Anderes vereinbart wurde, den übrigen Gesellschaftern gegenüber gemäß den diesbezüglichen Vertragsbestimmungen oder in deren Ermangelung gemäß den einschlägigen Gesetzesvorschriften, wie eine offene Handelsgesellschaft Dritten gegenüber, vertreten wird, während in dem Falle, daß die Commanditgesellschaft nur aus physischen Einzelpersonen besteht, jeder der Gesellschafter selbständig für sich, sei seine Betheiligung unbeschränkt oder beschränkt, an der Einen bestehenden Gesellschaft theilnimmt, nicht aber die offenen Gesellschafter etwa als Collectiveinheit an der Gesellschaft participiren. Der Unterschied dieser beiden Fälle zeigt sich praktisch bedeutsam bei der Berechnung der Antheile am Gesellschaftsvermögen, am Gewinn und Verlust der Commanditgesellschaft, denn die als persönlich haftender Theilnehmer in die Commanditgesellschaft eingetretene offene Handelsgesellschaft steht den übrigen persönlich haftenden Gesellschaftern der Commanditgesellschaft gleich, und die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft nehmen an dem ihr aus den Geschäften der Commanditgesellschaft zukommenden Antheile am Gewinn oder Verlust nur in der Weise

---

5) Vgl. hiezu, wie zum Folgenden v. Hahn, Comm. §§. 4. u. 5 zu Art. 150.

6) Ebenso ung. H. G. §. 125 Abs. 2; bosn. §. 129 Abs. 2.

theil, als sie überhaupt an dem Vermögen der unter ihnen bestehenden offenen Handelsgesellschaft theilnehmen, unabhängig von der Commanditgesellschaft, deren Mitglied jene bildet.

Mit Rücksicht auf das oben Gesagte (S. 200) kann hier im Allgemeinen auf die einschlägigen Erörterungen der Lehre der offenen Handelsgesellschaft verwiesen werden, und kann sich die folgende Darstellung im Wesentlichen auf die vom Handelsgesetzbuche für die Commanditgesellschaft statuirten Specialnormen beschränken. So ist es insbesondere auch bei der Commanditgesellschaft Voraussetzung und Begriffsmerkmal zugleich, daß die Gesellschafter sich nicht etwa zum Abschlusse eines oder mehrerer einzelner Geschäfte, sondern zum Betriebe eines Handelsgewerbes vereinigt haben. Das oben (S. 146) über die Kaufmannsqualität der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft Gesagte gilt hier nicht nur für die offenen („persönlich haftenden") Gesellschafter der Commanditgesellschaft, sondern auch für die Commanditisten; denn diese wie jene betreiben unter der gemeinsamen Firma das Handelsgewerbe.[7]) Die Firma der Commanditgesellschaft muß den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem eine Commanditgesellschaft andeutenden Zusatze enthalten; Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma nicht aufgenommen werden, widrigenfalls der Commanditist, dessen Name in der Firma enthalten ist, den Gläubigern der Gesellschaft gleich einem offenen Gesellschafter haftet (Art. 17, 168).[8]) Auch die Firma der Commanditgesellschaft kann unverändert bleiben, wenn ein Gesellschafter (Commanditist oder Complementar) ein- oder austritt, jedoch ist, wenn ein Complementar austritt, dessen Name in der Firma enthalten ist, dessen Zustimmung zur Beibehaltung der Firma erforderlich (Art. 24).[9]) Treten sämmtliche Commanditisten aus, so können die übrig bleibenden persönlich haftenden Gesellschafter verlangen, daß die Gesellschaft nun als offene fortbestehe.[10])

II. Auch für den Commanditgesellschaftsvertrag bedarf es der schriftlichen Abfassung nicht (Art. 150, Abs. 3)[11]), und es gelten bezüglich der Fähigkeit zur Eingehung eines solchen Vertrages die oben (§. 47, II.) aufgestellten Grundsätze.

---

7) Ebenso v. Hahn Comm. I. §. 6 zu Art. 4; Cosack, H. R. §. 88 Nr. III.; Schwalb in Ztschr. f. H. R. XXXIV. S. 365 Note 68; a. A. Auerbach, das neue H. G., systemat. bearbeit. (1863) S. 147; Goldschmidt, Hdb. des H. R. I. §. 43. S. 454 Note 11, S. 469 Nr. 4; Thöl, H. R. I. §. 38 unter Nr. I., Renaud, Commanditgesellschaft S. 135, 136; Canstein in Ztschr. f. H. R. XX. S. 84 ff.; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. I. Nr. 2 zu Art. 5; Gareis das deutsche H. R. §. 15 S. 57, 58; v. Völderndorff in Endemann's Hdb. I. §. 26 Nr. III. (S. 138); Puchelt, Comm. I. Nr. 11 zu Art. 4; Endemann, H. R. §. 54 unter Nr. V; Fuchsberger-Gareis, H. G. Nr. 10 zu Art. 4; Staub, Comm. §. 7 zu Art. 150.

8) Ung. H. G. §§. 13 u. 142; bosn. H. G. §§. 14 und 146. — Vgl. Obstg. Entsch. bei Adler Clemens III. Nr. 435.

9) Ung. H. G. §. 15; bosn. §, 17.

10) Siehe Entsch. bei Adler-Clemens VII. Nr. 1309.

11) Ung. H. G. §. 125; bosn. §. 129.

III. Auch die Errichtung der Commanditgesellschaft muß von sämmtlichen Gesellschaftern (Commanditisten und Complementaren) bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, behufs Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Die Anmeldung, welche von allen Gesellschaftern persönlich vor dem Handelsgerichte bezw. vor dem mit der Handelsgerichtsbarkeit betrauten Gerichtshofe I. Instanz zu zeichnen oder in beglaubigter Form einzureichen ist, muß im Allgemeinen dieselben Thatsachen enthalten, wie jene der offenen Handelsgesellschaft, und außerdem noch die Höhe des Betrages der Vermögenseinlage jedes Commanditisten. In der Anmeldung müssen die Commanditisten als solche bezeichnet werden. Vor Eintragung in das Handelsregister haften die Commanditisten dritten Personen gegenüber wie ein offener Handelsgesellschafter, wenn die Gesellschaft mit Genehmigung der Commanditisten ihre Geschäfte etwa früher begonnen hat (Art. 163).[12]) Daher entfällt hier die Anmeldung des Zeitpunktes, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat, indem nach dem ebenbezogenen Artikel des Handelsgesetzbuches vor der Registrirung eine Commanditgesellschaft nach außenhin nicht besteht, und von beschränkt haftenden Gesellschaftern (Commanditisten) nach außen hin keine Rede sein kann, die Festsetzung eines späteren Zeitpunktes aber als jenes der Eintragung zum Beginne der Gesellschaft Dritten gegenüber hier ebensowenig wie bei der offenen Handelsgesellschaft eine rechtliche Wirkung hat. Die Anmeldung der Vertretungsbefugniß (Art. 86, Z. 4) zum Zwecke der Eintragung erschien mit Rücksicht auf Art. 167 entbehrlich.[13]) Bei der Bekanntmachung der vollzogenen Registrirung der Commanditgesellschaft in den öffentlichen Blättern (Art. 13)[14]) hat die Angabe der Namen, des Standes und Wohnortes der Commanditisten, sowie die Angabe des Betrages ihrer Vermögenseinlagen zu unterbleiben (Art. 151 a. E.).[15])

Rücksichtlich der gerichtlichen Zeichnung oder der Einreichung der beglaubigten Unterschriften der persönlich haftenden Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, wie der Eintragungen hinsichtlich der Zweigniederlassungen und der Aenderungen in der Firma, wie endlich bezüglich der Ordnungsstrafen wegen Unterlassung der Anmeldung oder Eintragung (Art. 152—155)[16]) kann auf das oben in §. 47 Gesagte verwiesen werden; nur sei bemerkt, daß der Eintritt eines neuen Commanditisten in eine Commanditgesellschaft von sämmtlichen Gesellschaftern (offenen Gesellschaftern und Commanditisten) zur Registrirung und Veröffentlichung anzumelden ist (Art. 156).[17])

---

12) Ung. H. G. §. 138; bosn. 142.

13) Willenbücher, Handelsgesetz. Note 2 zu Art. 151.

14) Nach ung. H.G.B. §. 8 in dem vom H. Min. herausgegeb. Central-Anzeiger, in Croatien-Slavonien im Amtsblatt, in Bosnien u. Herzegowina (bosn. H.G. §.9) in der für gerichtliche Kundmachung bestimmten Landeszeitung zu publiciren.

15) Nach ung. H. G. §. 126 und nach bosn. H. G. §. 130 erfolgt die Kundmachung des Namens, Standes und Wohnortes der Commanditisten, sowie des Betrages ihrer Vermögenseinlagen auf Verlangen der Betheiligten.

16) Ung. H. G. §§. 127—130; bosn. §§. 131—134.

17) Ung. H. G. §. 131; bosn. §. 135.

IV. Abweichend von den bezüglichen Vorschriften für die offene Handelsgesellschaft ist dem Commanditisten im Allgemeinen ein Widerspruchsrecht nicht eingeräumt (Art. 158, Abs. 3)[18]), außer im Falle des in Art. 158, Abs. 3 nicht bezogenen Art. 103[19]) bei Vornahme von Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen. Auch die Aufnahme eines neuen Commanditisten setzt mit Rücksicht auf die vorgeschriebene Form der Anmeldung Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter, also auch der Commanditisten voraus (Art. 156)[20]), was ein Analogon und eine Consequenz des in Art. 98[21]) rücksichtlich der offenen Handelsgesellschaft ausgesprochenen Grundsatzes ist. Aber abgesehen von diesen Fällen ist der Wille der geschäftsführenden offenen Handelsgesellschafter der Wille der Commanditgesellschaft.

§. 59.

B. Rechtsverhältniß der Gesellschafter untereinander.

I. Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter untereinander richtet sich gemäß Art 157[1]) zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage, und soweit dieser keine Bestimmungen enthält, nach den gesetzlichen Vorschriften über das gegenseitige Rechtsverhältniß der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft untereinander. Jedoch kommen letztere hier nur insoweit zur Anwendung, als sich nicht aus den diesbezüglichen Vorschriften der Art. 158—162[2]) Abweichungen ergeben. Solche specielle abweichende Vorschriften stellt das Gesetz hier aber nur insoweit auf, als die Stellung der Commanditisten in Betracht kommt.

Es ist selbstverständlich, daß der Vertrag keine dem Wesen der Commanditgesellschaft widersprechende Bestimmungen enthalten darf, und daß auch hier, in letzter Linie in Ermangelung von Vorschriften des Vertrages und des Handelsgesetzbuchs die Handelsgewohnheit und sodann das allgemeine bürgerliche Recht Anwendung finden.

II. Rücksichtlich der Illation kann hier auf das oben (§. 48, II.) Gesagte verwiesen werden. Doch kommt hiebei zu erwägen, daß die im Gesetze vorgeschriebenen Einlagen der Commanditisten nicht nur eine Capitalseinlage für die Gesellschaft, sondern insbesondere auch ein Sicherungs- und Befriedigungsmittel für die Gesellschaftsgläubiger sein sollen. Hiedurch unterscheiden sich die im Gesetze vorgeschriebenen Einlagen der Commanditisten wesentlich von den Einlagen der offenen Handelsgesellschafter, die nur als Beiträge zur Schaffung oder Vermehrung des Gesellschaftsvermögens erscheinen. (S. oben §. 48, II.). Ob der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, oder der offene Gesellschafter einer Commanditgesellschaft eine Einlage zu leisten hat, hängt vom Gesellschaftsvertrage ab, die dem Commanditisten durch das Gesetz vorgeschriebene

18) Ung. H. G. §. 133; bosn. §. 137.
19) Ung. H. G. §. 81; bosn. §. 85.
20) Siehe oben Note 17.
21) Ung. H. G. §. 76; bosn. §. 80.
1) Ung. H. G. §. 132; bosn. §. 136.
2) Ung. H. G. §§. 133—137; bosn. §§. 137—142.

Einlage ist **obligatorisch**. Es steht jedoch kein gesetzliches Hinderniß im Wege, daß auch die Commanditisten noch über den Betrag der oben erwähnten anzumeldenden obligatorischen Einlagen rein vertragsmäßige Capitalsbeiträge leisten, welche sodann derselben Behandlung und Beurtheilung unterliegen, wie jene der offenen Handelsgesellschafter. Das Handelsgesetzbuch selbst erwähnt im Abschnitte über die Commanditgesellschaft nur die obligatorischen Einlagen der Commanditisten, nicht um dadurch vertragsmäßige Einlagen der offenen Gesellschafter und eventuell auch der Commanditisten auszuschließen, sondern nur deshalb, weil es für erstere specielle abweichende Bestimmungen trifft, wie die mehrerwähnte Pflicht, den Betrag dieser obligatorischen Einlagen der Commanditisten behufs Registrirung anzumelden (Art. 151 Abs. 2 Z. 4), dann die Beschränkung der Antheilnahme am Verluste bis zum Betrage dieser obligatorischen Einlage (Art. 161 Abs. 2), sowie die Unzulässigkeit des theilweisen oder gänzlichen Rückzahlens oder Erlassens derselben (Art. 165 Abs. 2).[3])

Nach dem obcit. Art. 157 kommen nun auf die Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter der Commanditgesellschaft, sowie auf die etwaigen oben erwähnten anderweitigen vertragsmäßigen Einlagen der Commanditisten die Bestimmungen des Vertrags oder in deren Ermangelung die für die offene Handelsgesellschaft getroffenen gesetzlichen Anordnungen (so insbes. auch Art. 91, 92, 95 H. G. B.)[4]) zur Anwendung, auf die obligatorischen Einlagen der Commanditisten jedoch nur insofern, als nicht die obbezeichneten Gesetzesstellen Abweichendes bestimmen. Diese treffen nur insofern besondere Bestimmungen, als die mehrerwähnte obligatorische Einlage des Commanditisten als Haftsumme gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger in Betracht kommt, so daß ein und dieselbe Einlage verschiedene rechtliche Beurtheilung und Behandlung erfahren kann, je nachdem sie in ihrer Function als Capitalsbeitrag (d. i. den Gesellschaftern gegenüber) oder als Haftsumme (d. i. als Sicherungsmittel für die Gesellschaftsgläubiger) in Betracht kommt[5]).

Gegenstand der Illation kann auch hier dasselbe sein, wie bei der Illation in die offene Handelsgesellschaft, und es ist keinesfalls erforderlich, daß die Einlage in Geld bestehe, sowie es auch nicht ausgeschlossen ist, daß ein Commanditist sich mit Diensten an der Gesellschaft betheilige[6]).

---

3) Ebenso ung. H. G. §§. 126 Abs. 2 Z. 4; 136 Abs. 1; 139 Abs. 2; bosn. H. G. §§. 130 Abs. 2 Z. 4; 140 Abs. 1; 143 Abs. 2.

4) Ung. H. G. §§. 69, 70, 73; bosn. §§. 73, 74, 77.

5) Cosack, H. R. §. 88 Nr. 2, b. (S. 520) 2. Aufl.

6) v. Hahn, Comm. I. §. 1 zu Art. 150. — Ebenso Renaud, Commanditgesellschaft S. 118 f.; Keyßner, Comm. Nr. 3 zu Art. 150; Puchelt, Comm. Nr. 5 zu Art. 150 u. Nr. 3 zu Art. 151, der allerdings den Art. 150 seinem Wortlaute nach nur auf den gewöhnlichen Fall der reellen Einlage (d. i. Sach- oder Geldeinlage) bezieht, aber nicht ausschließt, daß vertragsmäßig auch nur Arbeitskraft und Kenntnisse inferirt werden können; Behrend, H. R. §. 87 Note 10, woselbst sich auch eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten rücksichtlich der viel umstrittenen Frage, was Gegenstand der Einlage

Dem steht nicht entgegen, daß nach Art. 151 Abs. 2 Z. 4 bei Errichtung der Commanditgesellschaft der Betrag der Vermögenseinlage des Commanditisten behufs Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist, noch die Bestimmung des Art. 165 Abs. 1, daß der Commanditist für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur mit der eingezahlten bezw. versprochenen Einlage (Haftsumme) hafte, noch jene des Art. 161 Abs. 2, daß der Commanditist an dem Verluste der Gesellschaft nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Antheil nimmt[7]). Denn diese der Commanditgesellschaft eigenthümlichen Bestimmungen erheischen nur, daß die Einlage des Commanditisten, was auch immer ihr Gegenstand sei, in Geld festgesetzt werde, damit hiedurch Dritten gegenüber die Grenze der Haftung des Commanditisten fixirt ist. Dies kann durch annäherungsweise Abschätzung des einzuwerfenden Gegenstandes oder der versprochenen Dienste durch die Gesellschafter bei Eingehung des Vertrages geschehen, ohne daß es hiezu einer Schätzung durch Sachverständige bedürfte, zumal ja immer nur der von den Gesellschaftern angenommene, nicht der wirkliche Werth des Eingeworfenen als maßgebend erscheint,[8]) oder auch so, daß der Commanditist verspricht, eine dem festgesetzten Geldbetrage entsprechende Sache oder gleichwerthige Dienste einzuwerfen, in welchem Falle er dafür einstehen muß, „daß der Werth seiner Betheiligung, wenn sie in anderer Weise als durch Einwerfung eines Geldbetrages stattfindet, dem angegebenen Betrage entspreche"[9]); immer aber muß sohin die Höhe der Einlage des Commanditisten von vornherein bestimmt sein, und es ist nicht zulässig, die Höhe der Haftung des Commanditisten von künftigen Ereignissen abhängig zu machen[10]). Dem stünde die obcitirte Anordnung des Art. 151 Abs. 2 Z. 4. entgegen, aus welcher hervorgeht,

---

des Commanditisten sein kann, findet; Staub, Comm. §. 7 zu Art. 150 (vgl. Entsch. d. R. G. XVII. S. 40); A. A. Auerbach, Das Handelsgesetz I. S. 147, der nur eine Geldeinlage zulässig erklärt, sei es in bestimmter Capitalssumme, sei es als Zinsen eines Capitals; v. Kräwel in Busch Arch. V. S. 95—98, der Geld- und Sacheinlagen und auch Ueberlassung einer Sache zum Gebrauche zulässig findet, aber Arbeitsleistung als Einlage ausschließt; ebenso Brix, Comm. Nr. 5 zu Art. 150; Makower, Comm. Nr. 2, b. zu Art. 150; Lastig in Endemann's Hdb. I. §. 85; Fuchsberger-Gareis, Comm. Nr. 7 bei Art. 151; vgl. Endemann, H. R. 3. Aufl. §. 49 unter Nr. II. und 4. Aufl. §. 54 unter Nr. II., der das Schwergewicht auf die Uebernahme der Haftung legt, aber doch die Arbeitsleistung ausschließt, indem er nur als zulässig erklärt, daß auch der Arbeit leistende Socius eine solche beschränkte Haftung als Commanditist übernehmen könne, wodurch dieser verpflichtet wird, zuletzt doch den versprochenen Betrag, bis zu dessen Höhe er die Haftung übernommen hatte, herzugeben, so daß hier der Fall einer nur versprochenen, aber noch nicht inferirten Einlage vorläge. — Eine Kritik der wichtigsten Ansichten gibt Wendt in Endemann's Hdb. I. §. 99, der sich gleichfalls gegen die Zulässigkeit des Einbringens einer bloßen Arbeitsleistung oder der Kenntnisse ausspricht.

7) Die analogen §§. des ung. u. bosn. H. G. s. oben Note 3; vgl. außerdem noch ung. H. G. §. 139 Abs. 1, bosn. §. 143 Abs. 1.

8) Willenbücher, H. G. §. 3 zu Art. 161.

9) Behrend, H. R. §. 87 Note 10.

10) A. A. Dernburg, Preuß. Privatrecht II. §. 215 Note 15.

daß die Höhe des Betrages der Haftung des Commanditisten bereits zur Zeit der Anmeldung, d. i. von Anfang an bestimmt sein muß. Wohl aber steht nichts im Wege, daß im Commanditgesellschaftsvertrage für den Eintritt bestimmter künftiger Ereignisse eine Erhöhung, Ergänzung oder Erneuerung der Einlage vereinbart werde; denn die diesbezügliche negative Bestimmung des auch für Commanditgesellschaften geltenden obbezogenen Art. 92 ist nur dispositiver Natur (s. oben §. 48 Note 14).

Desgleichen gelten hier im Allgemeinen die für die offene Handelsgesellschaft bestehenden Vorschriften rücksichtlich der Verzinsung der Einlagen und der Feststellung und Vertheilung von Gewinn und Verlust der Gesellschaft: Art. 161 H. G. B. erklärt ausdrücklich die diesbezüglichen Bestimmungen der Art. 106—108 für anwendbar. Jedoch entspricht es der Bedeutung der Einlage als Haftsumme, daß der Commanditist nach Art. 161 Abs. 2 an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Antheil nimmt, sohin auch zu keinerlei anderweitigen Zahlungen, noch auch zur Zurückgabe der empfangenen Zinsen und des Gewinns verpflichtet ist (Art. 161 Abs. 3, 165 Abs. 6), außer die Auszahlung an ihn wäre nur irrthümlich erfolgt, in welch letzterem Falle der Gesellschaft eine condictio indebiti gegen den empfangenden Socius zusteht.

Derselben Function der Einlage trägt die weitere Vorschrift des Art. 161 Abs. 3 Rechnung, wonach der Commanditist es sich gefallen lassen muß, daß, wenn die Einlage durch Verluste vermindert bzw. wohl auch dann, wenn sie durch Verluste ganz consumirt wird, der jährliche Gewinn zunächst zur Deckung des Verlustes verwendet wird[11]).

Endlich ist als Besonderheit noch zu bemerken, daß die Vertheilung von Gewinn und Verlust in Ermanglung einer besonderen Vereinbarung nicht wie bei der offenen Handelsgesellschaft nach Kopftheilen, sondern nach richterlichem Ermessen, nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen festzusetzen ist. (Art. 162).[12])

---

11) Wohl kann der Commanditist nie verpflichtet werden, den Passivsaldo, den sein Conto nach Consumirung der Einlage ergibt, durch Zahlung zu decken (s. v. Hahn, Comm. I. Vorb. zu Art. 106 u. 109, §§. 13, 14 u. zu Art. 142), andererseits aber „erscheint es durch die grundsätzliche Beschränkung der Theilnahme des Commanditisten nicht ausgeschlossen, daß derselbe den aus der Gesellschaft gezogenen Gewinnantheil seinem ganzen Umfange nach zur völligen Deckung der von ihm zu tragenden Verlustquoten verwende. Um dieses zu ermöglichen, muß der Commanditist mit dem ganzen ihn treffenden Verlustantheil belastet werden, auch wenn derselbe seinen Activgesellschaftsantheil übersteigt. Zur Deckung des sich ergebenden Passivsaldo ist dann zunächst der sich ergebende Gewinn zu verwenden. Ist bei der Auflösung der Gesellschaft oder dem Austritte des Commanditisten der Passivsaldo noch vorhanden, so ist er als Gesellschaftsverlust unter die übrigen Gesellschafter zu vertheilen. Durch den Gesellschaftsvertrag kann jedoch der Commanditist verpflichtet werden, seinen eventuellen Passivsaldo zu berichtigen“ (v. Hahn, Comm. I. §. 8 zu Art. 161 Note 9; s. auch v. Hahn, a. a. O. §. 5 zu Art. 142, §. 1 zu Art. 157). Ebenso Puchelt, Comm. I. Nr. 5 zu Art. 161. A. A. Behrend, H. R. I. §. 88; Renaud, Commanditgesellschaften S. 323; Cosack, H. R. 1. Aufl. S. 441, der jedoch in 2. Aufl. S. 522 sich der Ansicht v. Hahn's anschließt.

12) Ung. H. G. §. 137; bosn. §. 141.

II. Rücksichtlich der in Angelegenheiten der Gesellschaft zu prästirenden diligentia und custodia, der Pflicht rechtzeitiger Ablieferung für eingenommene Gesellschaftsgelder, der Entnahme von Vorschüssen aus der Gesellschaftscasse und deren Verzinsung, der Ansprüche des Gesellschafters auf Vergütung der Auslagen für die Gesellschaft, seiner Regreßrechte wegen der für die Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten und wegen des infolge der Geschäftsführung erlittenen Vermögensverlustes, wie endlich rücksichtlich eines eventuell zu fordernden Honorars kann auf das oben (§. 48 III, IV, V, VI) Gesagte verwiesen werden, wobei jedoch zu bemerken kommt, daß die einschlägigen Bestimmungen (Art. 93, 94, 95, 106, 108),[13]) weil sie sich ihrem Inhalte nach doch hauptsächlich auf die geschäftsführenden Gesellschafter beziehen, auf Commanditisten nur selten Anwendung finden können.

IV. Daß zur Aufnahme eines Commanditisten in eine bestehende Commanditgesellschaft die Zustimmung auch der Commanditisten erforderlich ist, ergab sich schon oben bei Besprechung der Vorschrift des Art. 156[14]), daß diese von sämmtlichen Gesellschaftern, sohin auch von den Commanditisten, gemeinsam zum Handelsregister anzumelden sei. Doch auch die Aufnahme eines offenen Gesellschafters bedarf ebenso der Zustimmung der sämmtlichen übrigen Gesellschafter, indem in Ermangelung specieller Vorschriften für die Commanditgesellschaft die Vorschriften des Art. 98[15]) zur Anwendung kommen (s. oben §. 48 Nr. VII).

V. Das in Art. 96 statuirte Concurrenzverbot (s. hierüber oben §. 48, VIII) erstreckt sich bei Commanditgesellschaften nur auf die offenen Gesellschafter, nicht aber auf den Commanditisten (Art. 159)[16]), der bei der Geschäftsführung unbetheiligt ist und nur geringe Einsicht in die Bücher hat (s. unten S. 209), weshalb die für dieses Verbot maßgebenden Gründe der Schaffung einer für die Gesellschaft gefährlichen Concurrenz und der eines Interessenconflictes in der Person des betreffenden Gesellschafters für die Commanditisten entfallen. Jedoch steht nichts im Wege, das Concurrenzverbot des Art. 96[17]) in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen[18]); denn auch Art. 159 ist nur dispositiver Natur (arg. Art. 157). Dies kann namentlich zweckmäßig erscheinen, wenn dem Commanditisten größere Rechte, insbesondere rücksichtlich der Einsichtnahme in die Bücher und den Geschäftsgang (Kundenkreis) eingeräumt sind, und infolgedessen der Gesellschaft eine gefährliche Concurrenz aus den Geschäften des Commanditisten erwachsen könnte, oder wenn etwa ein Mißbrauch der dem Commanditisten gesetzlich zustehenden Rechte gefürchtet würde.

---

13) Fast gleichlautend §§. 71, 72, 73, 84, 86 des ung. u. §§. 75, 76, 77, 88, 90 des bosn. H. G. — Nur fehlt in §. 84 des ung. und §. 88 des bosn. H. G. der Satz des Art. 106 „die dem Gesellschafter hiernach zukommenden Zinsen vermehren seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen", was jedoch meritorisch nichts ändert.

14) Ung. H. G. §. 131; bosn. §. 135.

15) Ung. H. G. §. 76; bosn. §. 80.

16) Ung. H. G. §. 134; bosn. §. 138.

17) Ung. H. G. §. 74; bosn. §. 78.

18) v. Hahn, Comm. I. zu Art. 159.

§. 60.

C. Verwaltung der gesellschaftlichen Angelegenheiten.

(Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft.)

I. Zur Geschäftsführung sind, wenn nicht durch Vertrag Anderes bestimmt ist, sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, nicht aber die Commanditisten (Art. 158, Abs. 1. u. 2).[1]) Für die Complementare gilt sowohl rücksichtlich der Uebertragung der Geschäftsführung an einen oder mehrere Gesellschafter, sowie rücksichtlich der Collectivgeschäftsführung und des Umfanges der Geschäftsführungsbefugnisse dasselbe, wie für die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (s. oben §. 49, II.), weshalb es auch insbesondere im Sinne des Art. 104 zur Bestellung eines Procuristen, sofern nicht Gefahr im Verzuge ist, der Zustimmung sämmtlicher Complementare, und bei Handlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen oder dem Gesellschaftszwecke fremd sind, auch hier der in Art. 103 rücksichtlich der offenen Handelsgesellschaft vorgeschriebenen Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter, sohin auch der Commanditisten bedarf (arg. Art. 157).[2])

Auch das Einspruchsrecht steht nur dem persönlich haftenden Gesellschafter, nicht aber dem Commanditisten zu (Art. 158, Abs. 3).[3])

Die Geschäftsführung kann im Gesellschaftsvertrage auch einem Commanditisten übertragen werden, u. z. entweder in Verbindung mit den persönlich haftenden Gesellschaftern oder selbst mit Ausschluß derselben. Auf die geschäftsführenden Commanditisten finden daher auch die Vorschriften für den geschäftsführenden offenen Gesellschafter einer offenen oder einer Commanditgesellschaft insbesondere auch Art. 93 und 94 (betr. den Anspruch auf Auslagenersatz, auf Zinsen für gegebene Vorschüsse, auf eine Vergütung für die Mühe, sowie das Maß der zu prästirenden diligentia und custodia und die Schadenersatzpflicht) Anwendung.[4])

Die einem oder mehreren Complementaren sowie die einem Commanditisten übertragene Geschäftsführungsbefugniß kann, so lange die Gesellschaft dauert, nach Art. 101 nicht ohne rechtmäßige Ursache widerrufen werden, über deren Vorhandensein das Ermessen des Richters entscheidet und wofür Art. 101 H. G. B. durch Verweisung auf Art. 125, Z. 2—5 einige Beispiele anführt.[5]) Zum Widerrufe berechtigt ist jeder persönlich haftende Gesellschafter, nicht aber der Commanditist.[6])

Wenn das Gesetz dem Commanditisten nicht auch das ausgedehnte

---

1) Ung. H. G. §. 133; bosn. §. 137.

2) Ebenso nach ung. u. bosn. H. R. (§§. 81 u. 132 ung. u. §§. 85 u. 136 bosn. H. G.).

3) Ung. H. G. §. 133; bosn. §. 137.

4) Vgl. hiezu v Hahn, Comm. I. §. 3 zu Art. 158; A. A. v. Stubenrauch, Oestr. H. R. §. 100 Nr. 1. Die den Art. 93 u. 94 H. G. correspondirenden Stellen des ung. u. bosn. H. G. sind §§. 71 u. 72 des ersteren, §§. 75 und 76 des letzteren.

5) Ebenso im ung. u. bosn. H. R. (s. ung. H. G. §. 79 und den daselbst allegirten §. 100 Z. 2—5; bosn. H. G. §. 83 und dem dort cit. §. 104 Z. 2—5).

6) Vgl. v. Stubenrauch, H. R. §. 101 Nr. 2.

Controlsrecht einräumt, das einem offenen Gesellschafter selbst dann zusteht, wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, so gibt es demselben in Art. 160[7]) doch eine beschränkte Controlsbefugniß in dem Rechte auf eine abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz und Prüfung der Richtigkeit derselben unter Einsichtnahme der Bücher und Papiere der Gesellschaft. Aus wichtigen Gründen kann auf Antrag eines Commanditisten das Gericht die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlage der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

II. Zur Vertretung der Commanditgesellschaft befugt sind nach Art. 167, Abs. 1 nur die persönlich haftenden Gesellschafter, nicht aber die Commanditisten. Diese können nur zu Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten der Gesellschaft ernannt werden, müssen aber auch in diesem Falle beim Abschlusse eines Geschäftes auf diese ihre Eigenschaft verweisen, d. h. in einer Weise contrahiren, daß deutlich erkennbar ist, daß sie nicht als Gesellschafter, sondern nur als Procuristen oder Bevollmächtigte handeln wollen.[8]) In jedem anderen Falle haftet der Commanditist gleich einem offenen Gesellschafter (Art. 167, Abs. 3). Ob er die Gesellschaft verpflichtet, hängt vom Gesellschaftsvertrage oder der eventuellen Vollmacht ab.

Rücksichtlich der Ertheilung, Ausschließung, Ausübung, wie rücksichtlich des Umfanges und der zeitlichen Entstehung und der Endigung bezw. des Widerrufes der Vertretungsbefugniß gelten die Vorschriften der offenen Handelsgesellschaft und es kann hier auf das oben (§. 49) Gesagte verwiesen werden; das Gesetz wiederholt hier insbesondere ausdrücklich, daß die Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft rechtsgiltig an die vertretungsbefugten Gesellschafter erfolgen kann, sowie, daß die Gesellschaft durch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, und vor Gericht vertreten wird (Art. 167, Abs. 2 u. 1).[9])

§. 61.

D. Stellung der Commanditgesellschaft nach außen im Allgemeinen.

Die Commanditgesellschaft kann gleich der offenen Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, insbesondere Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor dem competenten Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, klagen und verklagt werden (Art. 164).[1]) So erscheint auch die Commanditgesellschaft nach außenhin als eine geschlossene Personenvereinigung mit unbeschränkter Haftung mindestens eines ihrer Mitglieder.

---

7) Ebenso ung. H. G. §. 135; bosn. §. 139.

8) v. Hahn, Comm. §. 3 zu Art. 167.

9) Dem Art. 167 H. G. B. sind adäquat §. 141 des ung. und §. 145 des bosn. H. G. B., welche aber die Bestimmung über die gerichtliche Vertretung und die Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen nicht wiederholen, sondern auf die betreffenden Gesetzesstellen im Titel über die offene Handelsgesellschaft verweisen. (§. 93 ung., §. 97 bosn. H. G.)

1) Wegen des ung. u. bosn. H. G. siehe oben §. 50 Anm. 1.

Hieran ändert auch nichts der etwaige nachträgliche Eintritt eines Gesellschafters; denn vor Allem gilt die Bestimmung des Art. 113, daß, wer in eine bestehende Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter eintritt, für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten hafte, sei es, daß die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht, auch für diejenigen, welche als offene Gesellschafter in eine Commanditgesellschaft eintreten. Analog ordnet nun Art. 166 an, daß, wer in eine bestehende Handelsgesellschaft, sei es offene Handelsgesellschaft oder Commanditgesellschaft, als Commanditist eintritt, nach Maßgabe seiner Einlage für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten haftet, es mag die Firma eine Aenderung erleiden oder nicht. Erfolgt die Eintragung erst einige Zeit nach dem Eintritte, so haftet der neu eingetretene Commanditist für die in der Zeit zwischen Eintritt und Eintragung contrahirten Gesellschaftsschulden unbeschränkt.[2])

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber wirkungslos.[3])

Die rechtliche Wirksamkeit der Commanditgesellschaft nach außen hin beginnt mit dem Zeitpunkte der Eintragung der Errichtung der Gesellschaft in das Handelsregister des competenten Gerichtes oder mit dem Beginne der Geschäfte durch die Gesellschaft. Ein entgegenstehender Vertrag hat nach außen hin keine Wirsamkeit (Art. 163).[4])

§. 62.

E. Wirkung des innerrechtlichen Verhältnisses der Gesellschaft Dritten gegenüber.

Auch die Commanditgesellschaft als solche hat wie die offene Handelsgesellschaft (s. oben §. 51) ein von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter abgesondertes Gesellschaftsvermögen, das sich der privaten Verfügung des einzelnen Gesellschafters entzieht. Ueber sein privates Vermögen kann jeder Gesellschafter, auch der offene, frei verfügen, nur sind dolose Verfügungen des offenen Gesellschafters in fraudem der Gesellschaft und ihrer Gläubiger anfechtbar.

Nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (Art. 169) gelten die oben (§. 51) besprochenen Bestimmungen (Art. 119, 120, 121, 122) rücksichtlich der Absonderung des Gesellschaftsvermögens der offenen Handelsgesellschaft von jenem der einzelnen Gesellschafter auch für die Commanditgesellschaft.[1]) Nur werden die Bestimmungen der oben angeführten Gesetzesstellen, so weit sie das Verhältniß der Gesellschaftsgläubiger

---

2) Entsch. R. O. H. G. XII. S. 14 ff.

3) Das hier im Text über den Eintritt eines neuen Gesellschafters Gesagte gilt auch nach ung. u. bosn. H. G.; den im Texte bezogenen Art. 113 u. 166 H. G. B. entsprechen §§. 89 und 140 des ung. und §§. 93 u. 144 des bosn. H. G.

4) Ebenso ung. H. G. B. §§. 138 u. 142.

1) Ebenso im ung. H. G., wo im §. 143 die §§. 95, 96, 97, und bosn. H. G., wo in §. 147 die §§. 99, 100 und 101 citirt werden. Rücksichtlich der Abweichungen des ung. und bosn. H. G. vom östr. H. R. siehe die Bemerkungen bei §. 51.

zu den Commanditisten, die Compensation von Forderungen an die Gesellschaft durch den Privatschuldner eines Commanditisten und endlich das Recht der Gesellschaftsgläubiger im Falle des Gesellschaftsconcurses gegenüber den Commanditisten betreffen, zufolge der beschränkten Haftpflicht der Commanditisten modificirt:

1. Der Gesellschaftsgläubiger kann sich zur Geltendmachung der ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Rechte nicht nur an die Gesellschaft als solche oder an den unbeschränkt haftenden Gesellschafter halten (s. oben §. 51), sondern infolge der dem Commanditisten obliegenden Haftpflicht (Art. 165)[2]) auch an diesen. Er kann direct gegen diesen klagen oder ihn in die Klage gegen andere Mitglieder der Commanditgesellschaft einbeziehen. Wie könnte sonst auch Art. 165 nach Auflösung der Gesellschaft oder nach Austritt der betreffenden Commanditisten zur Geltung gebracht werden? Doch kann sich das Executionsbegehren mit Erfolg nur auf die noch nicht eingezahlte Einlage oder den noch ausständigen Theil derselben oder bei versprochenen Dienstleistungen nur auf die den noch schuldigen Dienstleistungen entsprechende Haftsumme richten. Dem Executionsbegehren kann daher nicht stattgegeben werden, wenn der Commanditist beweist, daß er seine Einlage an die Gesellschaft bereits vollständig gezahlt und nichts von derselben zurückempfangen habe. Führt der Commanditist seine Einlage erst nach der Urtheilsfällung zu Gunsten des Executionswerbers, aber vor der Execution dieses Urtheils an die Gesellschaftscasse ab, oder befriedigt er inzwischen andere Gesellschaftsgläubiger, so hat er dies noch im Executionsverfahren geltend zu machen, und es unterbleibt sodann die Execution des Urtheils mangels eines Executionsobjectes. Der Gesellschaftsgläubiger kann aber auch gegen die Gesellschaft klagen, und dann, wenn er mit der Klage durchgedrungen, sich die etwa noch bestehende Forderung der verurtheilten Gesellschaft an den Commanditisten auf Bezahlung oder Ergänzung der Einlage executiv einantworten lassen, und dann gegen den Commanditisten im Executionswege geltend machen.[3])

Dem Wesen der Einlage als Haftsumme entspricht es, daß dem Commanditisten von der Gesellschaft nur insoweit Zinsen bezahlt werden können, als dadurch die ursprüngliche Einlage nicht vermindert wird, und daß er bis zur Wiederergänzung der durch Geschäftsverluste verminderten Einlage durch die ihm zufallenden Zinsen und Gewinne bis auf die ursprüngliche Höhe weder Zinsen noch Gewinn beziehen darf (Art. 165 Abs. 3 und 4). Insoweit er nun gegen diese Bestimmungen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen hat, haftet er für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Art. 165 Abs. 5).

Auf das ganze Privatvermögen eines Commanditisten aber erstreckt sich die Executionsbefugniß des Gesellschaftsgläubigers nur in den bereits erwähnten Fällen, in welchen der Commanditist unbeschränkt haftet, d. i. a) die nach Art. 163, Abs. 3, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte vor

---

2) Vgl. ung. H. G. §. 139; bosn. §. 143.

3) Vgl. hiezu Brix, Comm. Nr. 2 zu Art. 165, dessen Erörterungen obiger Darstellung zu Grunde gelegt wurden.

Eintragung in das Handelsregister begonnen hat, rücksichtlich der vom Beginn der Gesellschaft bis zu ihrer Registrirung begründeten Verbindlichkeiten, falls der Commanditist nicht beweist, daß dem Gläubiger seine beschränkte Betheiligung bei der Gesellschaft bekannt war; b) nach Art. 167, Abs. 3, wenn der Commanditist im Namen der Gesellschaft Geschäfte abschließt, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er als Procurist oder Bevollmächtigter handle, rücksichtlich der aus den so abgeschlossenen Geschäften sich ergebenden Verpflichtungen; c) nach Art. 168, wenn der Name des Commanditisten mit seiner Zustimmung in der Gesellschaftsfirma enthalten ist, aus allen im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäften[4]), wobei stets die Eintragung, nicht die Anmeldung entscheidend ist, so daß, wenn eine Gesellschaft richtig als Commanditgesellschaft angemeldet wird, irrthümlich aber als offene Handelsgesellschaft eingetragen wird, der Commanditist dennoch unbeschränkt haftet.[5])

2. Ebenso kann der Privatschuldner eines Commanditisten die ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung dem Commanditisten nur bis zum Betrage der noch nicht gezahlten Einlage oder bis zum noch ausständigen Betrage der theilweise eingezahlten oder zum Theil zurückbezahlten Einlage zur Compensation entgegensetzen.

Bei weitergehender Haftung des Commanditisten kann dessen Privatschuldner seine Schuld auch mit einer ihm gegen die Gesellschaft zustehenden größeren, die versprochene noch ausständige Einlage bezw. den noch ausständigen oder zurückbezogenen Theil der Einlage übersteigenden Forderung compensiren.[6])

3. Wenn über das Vermögen der Commanditgesellschaft der Concurs eröffnet wird, so hat dies nach §. 30 des öster. Einf. Ges. z. H. G. B. auch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter, nicht aber der Commanditisten zur Folge. Ersteren gegenüber stehen den Gesellschaftsgläubigern dieselben Rechte zu, wie gegen die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft (s. oben §. 51), letztere aber können während des Concurses nur dann von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden, wenn einer der Fälle ihrer unbeschränkten Haftung (s. oben Nr. 1) vorliegt. Dies ist allerdings im Handlsgesetzbuche nicht ausdrücklich gesagt, ja die vorbehaltlose Berufung auf Art. 122 in Art. 169[7]) ließe sogar annehmen, daß das Gesetz hier keinen Unterschied zwischen Complementaren und Comman-

---

4) Die Zustimmung liegt in der Mitunterzeichnung der Anmeldung im Sinne des Art. 151 H. G. B. Abs. 2. Z. 3 u. Abs. 3 (ung. H. G. §. 126 Abs. 2. Z. 3 und Abs. 3; bosn. §. 130 Abs. 2 Z. 3 u. Abs. 3). — Die den im Texte bezogenen Artikeln des H. G. B. entsprechenden Paragraphen des ung. u. bosn. H. G. sind: zu a): zu Art. 163 Abs. 3 der §. 138 ung., §. 142 bosn. H. G.; zu b): zu Art. 167 Abs. 3 ung. H. G. §. 141 Abs. 3; bosn. §. 145 Abs. 3; und endlich zu c): zu Art. 168 §. 142 des ung., §. 146 des bosn. H. G

5) R. O. H. G. XXIII. S. 280 ff.

6) Behrend, H. R. I. §. 76. IV., Renaud Commanditgesellschaft S. 439 f.; A. A. Ehrenberg Beschränkte Haftung S. 392.

7) Ebenso citiren §. 143 des ung. und §. 147 des bosn. H. G. den einschlägigen §. 97 ung. u. §. 101 bosn. Ges.

ditisten machen wolle. Allein in der That würde hier einer Ausfallsforderung des Gesellschaftsgläubigers gegen den Commanditisten, der nur mit seiner Einlage haftet, das Object fehlen; denn soweit die Einlage noch rückständig ist, oder zurückbezahlt wurde, oder soweit der Commanditist diese durch ungerechtfertigte Bezüge aus dem Gesellschaftsvermögen vermindert hat, hat nur die Gesellschaftsconcursmasse ein Forderungsrecht gegen den Commanditisten, dessen Realisirung dem Concursmasseverwalter zusteht.[8]) Der Commanditist hat die noch nicht eingezahlte Einlage, oder den noch rückständigen Restbetrag derselben, und die ungerechtfertigten Bezüge aus dem Gesellschaftsfonde an die Gesellschaftsconcursmasse abzuführen, außer er würde nachweisen, daß das Empfangene bereits zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern verwendet worden ist.[9])

§. 63.

F. Endigung der Commanditgesellschaft; Ausscheiden bezw. Ausschließung von Gesellschaftern.

Bezüglich der Endigung der Commanditgesellschaft, ihrer Gründe und Wirkungen, sowie rücksichtlich des Ausscheidens oder der Ausschließung einzelner Mitglieder aus der Commanditgesellschaft gelten im Wesentlichen die oben (§§. 52 ff.) für die offene Handelsgesellschaft dargelegten Grundsätze und Bestimmungen (Art. 170 Abs. 2, Art. 171 Abs. 3, Art. 172)[1]), jedoch mit nachfolgenden Abweichungen oder Besonderheiten:

1. Welche Folgen die Eröffnung des Concurses über das Vermögen der Gesellschaft sowie die dadurch erfolgende Auflösung der Gesellschaft für diese, für die Complementäre und Commanditisten u. z. insbesondere im Verhältnisse zu den Gesellschaftsgläubigern hat, wurde bereits oben erwähnt. Hier ist nur noch beizufügen, daß der Commanditist als solcher nicht berechtigt ist, die Eröffnung des Gesellschaftsconcurses zu beantragen (Conc. O. §. 197)[2]), außer er wäre Gesellschaftsgläubiger oder Liquidator.[3]) Auch können im Concursverfahren nur die persönlich haftenden Gesellschafter, nicht aber die Commanditisten den Antrag auf Zwangsausgleich stellen (Conc. O. §. 238).[4])

2. Durch den Tod eines Commanditisten oder durch den Eintritt seiner Unfähigkeit zur Verwaltung seines Vermögens wird die Commanditgesellschaft nicht aufgelöst (Art. 170 Abs. 1)[4a]), wohl aber durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Commanditisten, da in letzterem Falle auch die Rechte der Gläubiger berücksichtigt und gewahrt werden sollen.

Auch der Commanditist, nicht nur der offene Gesellschafter, kann

8) Oest. Conc. O. §. 76; Deutsche R. Conc. O. §. 201; §. 51 ung. u. §. 99 bosn. Conc. O. — Ebenso wie im Texte R. G. I. [S. 69.

9) R. G. VII. S. 48 f.

1) Ung. H. G. §§. 144, 145, 146; bosn. §§. 148, 149, 150.

2) Deutsche R. C. O. §. 199.

3) Behrend, H. R. §. 90 Note 6.

4) Deutsche R. C. O. §. 200.

4a) Ung. H. G. §. 144 Abs. 1; bosn. §. 148 Abs. 1.

die Auflösung der Gesellschaft auf Grund des Art. 125 verlangen (s. oben S. 125 ff.).

3. Das Ausscheiden des Commanditisten kann ein doppeltes sein, ein gänzliches, d. h. mit seiner ganzen Einlage, oder ein theilweises, d. h. nur mit einem Theile seiner Einlage (Art. 171). Diese Verringerung des Commanditengeldes kann vertragsmäßig vereinbart werden. Art. 171 spricht allerdings nur von Ausscheiden eines Commanditisten, worunter mit Rücksicht auf die Terminologie des Handelsgesetzbuches (s. oben §. 57) nur der freiwillige Austritt zu verstehen wäre, allein es ist mit Rücksicht auf die Allegirung des Art. 128 in Art. 170, Abs. 2 wohl anzunehmen, daß auch die Ausschließung des Commanditisten möglich ist, und daß sohin ausnahmsweise in Art. 171 unter Ausscheiden nicht nur der freiwillige Austritt, sondern auch die Ausschließung des Commanditisten gemeint ist.[5])

4. Rücksichtlich der Registrirung und Publication der Auflösung der Commanditgesellschaft, wie des Austrittes eines Gesellschafters aus derselben und der Wirkung der Registrirung oder der Nicht-Registrirung gelten zufolge Art. 171 auch hier die oben entwickelten Grundsätze des Art. 129, mit der Modification, daß der Name des Commanditisten und der Betrag seiner Einlage nicht publicirt wird.

5. Wenn nicht der Gesellschaftsvertrag Anderes bestimmt, so sind alle Gesellschafter, nicht nur persönlich haftende, sondern auch die Commanditisten Liquidatoren (Art. 172).[6]) Als solcher steht der Commanditist rücksichtlich seiner Befugnisse dem persönlich haftenden Gesellschafter ganz gleich, sei es, daß er allein oder mit anderen, durch Beschluß der Gesellschaft oder zufolge Richterspruches zum Liquidator bestellt ist; jedoch haftet er auch aus den unter der Liquidationsfirma abgeschlossenen Geschäften nicht weiter als während des Bestehens der Gesellschaft, sei es, daß er das Geschäft selbst abgeschlossen hat oder nicht. Ein Commanditist aber, der als Liquidator neue Geschäfte übernimmt, die nicht zur Beendigung schwebender Geschäfte dienen, oder als Gesellschafter Andere hiezu ermächtigt, haftet unbeschränkt und kann sich auf seine beschränkte Haftung nicht berufen.[7])

Bei der schließlich erfolgenden Auseinandersetzung ist der zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft oder des Austrittes des Commanditisten noch vorhandene Passivsaldo eines Commanditisten bezw. des austretenden Commanditisten als Gesellschaftsverlust unter die übrigen Gesellschafter zu vertheilen; jedoch kann der Commanditist im Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung zur Berichtigung seines Passivsaldos übernehmen.[8])

6. Die fünfjährige Verjährung läuft auch zu Gunsten des Commanditisten, insoweit er den Gesellschaftsgläubigern gegenüber persönlich haftet (Art. 172) u. z. vom Zeitpunkte der Auflösung der Gesellschaft oder des Austrittes, oder wenn die Haftung etwa erst nach Auf-

5) v. Hahn, Comm. §. 2. zu Art. 171; R. O. H. G. II. S. 171; anders Behrend, H. R. §. 90 Note 4, der nur gänzliche Ausschließung zulassen will.

6) Vgl. die Begründung bei v. Hahn Comm. I. §. 2 zu Art. 172.

7) Vgl. v. Hahn a. a. O. §. 4 zu Art. 172.

8) v. Hahn a. a. O. Note 9 zu Art. 161.

lösung oder nach dem Austritte aus derselben entsteht (so namentlich wenn ihm nach seinem Austritte oder nach Auflösung die Einlage zurückgezahlt wird), von diesem Zeitpunkte an gerechnet.[9])

§. 64.

4. Die stille Gesellschaft.[1])

A. Begriff und juristische Natur.

I. Wirthschaftlich beruht die stille Gesellschaft auf derselben Grundlage wie die Commanditgesellschaft.[2]) Beide gewähren die Möglichkeit, sich an einem unter der Principalschaft anderer Personen stehenden Handelsgewerbe mit einer Vermögenseinlage oder mit Diensten und mit auf diese Einlage oder eine bestimmte den Diensten entsprechende Haftsumme beschränkter Haftung zu betheiligen, ohne in der Firma zu erscheinen, nur mit dem Unterschiede, daß bei der Commanditgesellschaft der Betrieb des Handelsgewerbes allen Gesellschaftern, Commanditisten wie Complementaren, gemeinsam, nicht das Handelsgewerbe Einzelner, in das die anderen nur einlegen, sondern das Handelsgewerbe Aller ist, während bei der stillen Gesellschaft eine Einlage in ein fremdes Handelsgewerbe stattfindet.[3])

II. Dem Gesagten entspricht auch im Allgemeinen die Definition, welche das Handelsgesetzbuch in Art. 250 von der stillen Gesellschaft gibt, wonach eine solche dann vorhanden ist, „wenn sich Jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines Anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust betheiligt." Diese Definition des Gesetzes erschöpft allerdings nicht vollständig den Begriff der stillen Gesellschaft, indem sie, wie Renaud[4]) hervorhebt, „insbesondere weder den Charakter der durch die Vermögenseinlage erworbenen Berechtigung noch die Grenzen der durch den Capitalgeber übernommenen Gefahr andeutet", und auch nur die regelmäßige Form der stillen Gesellschaft, nicht aber ihre verschiedenen Spielarten im Auge hat. Das Charakteristische aber

---

9) Vgl. Behrend, H. R. I. §. 90 Note 12. — Vorzeitige Auflösung kann im Falle des Widerspruches eines Gesellschafters nur nach durchgeführtem Processe, nicht im officiosen Wege ausgesprochen werden (Nowak, Entsch. V. IV. Abth. Nr. 297).

1) Literatur: Außer den Commentaren vgl. noch insbesondere Lastig in Endemanns Handb. I. §. 137—142; Renaud, Das Recht der stillen Gesellschafter und der Vereinigungen zu einz. Handelsgeschäften f. gemeinsch. Rechnung, herausg. und ergänzt von Laband, Behrend, H. R. I. §§. 91 bis einschl. 95. Endemann, H. R. §§. 53, 59. Thöl H. R. I. §§. 109 bis einschl. 115. v. Stubenrauch, H. R. §§. 135 bis einschl. 139. Auerbach, Gesellschaftswesen S. 126 ff., 427 ff.; Randa in Allg. Oest. G. Z. Nr. 100, 133, 134, 135 von 1863; Freese, Die Commanditgesellschaft und die stille Gesellschaft (Dissertation Greifswalde 1877); Frommer, Uebereinstimmung und Unterschiede zwischen Commanditgesellschaft und stiller Gesellschaft (Diss. Königsberg 1889); Bauer, Die stille Gesellschaft, und außerdem die bei Renaud a. a. O. §. 8 angegebene Literatur.

Rücksichtlich der Geschichte s. Note 1 zu §. 58; Rechtsquellen Art. 250 bis einschl. 265 H. G. B. Rücksichtlich Ungarns und Bosniens s. oben §. 46 Note 4.

2) Vgl. hiezu Behrend, H. R. I. §. 85, I.

3) Siehe auch Note 2 zu §. 58.

4) Das Recht der stillen Gesellschaft 2c. [S. 71.

an der stillen Gesellschaft, das sich auch aus der oben angeführten Legaldefinition ergibt, ist die Betheiligung mit einer Vermögenseinlage bei dem Betriebe des Handelsgewerbes eines Anderen. Die stille Gesellschaft ist daher keine Handelsgesellschaft (— dementsprechend ist ihr im Handelsgesetzbuch ein Platz außerhalb des Buches über die Handelsgesellschaften eingeräumt —), sondern nur ein obligatorisches Verhältniß zweier Contrahenten, deren Einer eine Einlage zum Betriebe des Handelsgewerbes, der Andere aber den Betrieb des Handelsgewerbes selbst unter seiner Firma für Rechnung Beider verspricht.[5])

1. Die Betheiligung des stillen Gesellschafters muß sich auf das Handelsgewerbe des Complementars, nicht etwa bloß auf einzelne Handelsgeschäfte oder einzelne Geschäfte beziehen. In letzteren Fällen liegt keine stille Gesellschaft vor, sondern wenn es sich um Betheiligung an einzelnen Handelsgeschäften handelt, eine sog. Gelegenheitsgesellschaft[6]), von der weiter unten die Rede sein wird, sonst eine civilrichtliche Societät. Aber es ist nicht nothwendig, daß sich der stille Gesellschafter an allen Handelsgewerben, die der Complementar ausübt, betheiligt, ja nicht einmal an einem Handelsgewerbe desselben braucht er sich ganz zu betheiligen, es genügt die Betheiligung an einem begrenzten Theile desselben, z. B. an der Zweigniederlassung allein, oder nur an einem bestimmten Zweige des Geschäftes, z. B. bloß an dem Verlagsgeschäft, nicht auch an der Sortimentsbuchhandlung, oder an dem Betriebe eines bestimmten Artikels.[7])

2. Es muß das Handelsgewerbe eines Anderen sein, woran sich der stille Gesellschafter betheiligt, d. h. es besteht kein gemeinsames, unter gemeinsamer Firma zu betreibendes Handelsgewerbe, und dies ist das unterscheidende Begriffsmerkmal der stillen Gesellschaft gegenüber der Commanditgesellschaft, bei welcher der Commanditist nicht nur dem Complementar seine beschränkte Betheiligung am Geschäfte, sondern auch öffentlich, d. i. durch Unterzeichnung der Anmeldung zum Handelsregister Dritten eine directe, wenn auch auf eine bestimmte Summe beschränkte Haftung verspricht. Die stille Gesellschaft tritt daher auch nach außenhin keineswegs als Gesellschaft auf, sondern der Inhaber des Geschäftes betreibt dieses unter seiner Firma, die daher auch keinen das Verhältniß einer Handelsgesellschaft andeutenden Zusatz enthalten darf. Dawiderhandelnde verfallen in Ordnungsstrafen (Art. 251, 257; §§. 12, 13 Einf. Ges.; §. 2 der V. O. über das Handelsregister dto. 9. März 1863, Nr. 27 R. G. Bl.). Doch steht der Führung einer Gesellschaftsfirma dann nichts im Wege, wenn der Geschäftsinhaber, auch Complementar genannt, entweder eine Handelsgesellschaft ist, was ja möglich ist, oder das Geschäft einer Handelsgesellschaft im Vertragswege oder durch Erbschaft erworben hat, und die bisherigen Geschäftsinhaber bezw. der oder die Mitinhaber oder

5) v. Hahn, Comm. §. 2 zu Art. 250; R. O. H. G. II. S. 425.

6) Gerade hierin liegt der Hauptunterschied zwischen der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zum Betriebe einzelner Handelsgeschäfte. (R. O. H. G. IX. S. 160 ff.

7) Staub, Comm. §. 2 zu Art. 250.

deren Erben oder die etwaigen Miterben des Erwerbers ausdrücklich in die Fortführung der bisherigen Gesellschaftsfirma, sei es mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz einwilligen (Art. 22), oder wenn der austretende offene Gesellschafter, dessen Namen in der Firma enthalten war, dem nunmehrigen alleinigen Geschäftsinhaber (Complementar) die Fortführung der bisherigen Firma zugesteht (Art. 24). Nur darf in keinem Falle der Name des stillen Gesellschafters in der Firma des Geschäftsinhabers enthalten sein, widrigenfalls jener persönlich, unbeschränkt und correal mit dem Geschäftsinhaber den Handlungsgläubigern[8]) haftet (Art. 257), außer es wäre sein Name ohne seine Einwilligung in die Firma aufgenommen worden. Diese persönliche und correale Haftung tritt aber auch ein, wenn der stille Gesellschafter nicht sofort nach erlangter Kenntniß von dem Gebrauche seines Namens zur Verhütung einer Täuschung des Publicums dagegen auftritt, sei es, indem er auf Grund des Art. 262 Auflösung der Gesellschaft verlangt, oder öffentlich erklärt, daß sein Name ohne seinen Willen in die Firma aufgenommen sei, wobei er nicht einmal anzugeben braucht, daß er stiller Gesellschafter sei. Sein Stillschweigen aber würde in diesem Falle einer Zustimmung gleichkommen, da er den Gebrauch seines Namens nicht als etwas ihm Fremdes noch als etwas ihn nicht Berührendes ignoriren darf. Zugleich aber ergibt sich hieraus, daß er nicht verantwortlich gemacht werden kann, wenn er von der mißbräuchlichen Aufnahme seines Namens in die Firma keine Kenntniß hat.[9]) Es ist daher auch lediglich nur Sache des Complementars, wenn er Vollkaufmann ist, seine eigene Firma behufs Eintragung in das Handelsregister anzumelden; eine Eintragung der stillen Gesellschaft als solcher in das Handelsregister findet nicht statt. Doch kann dieselbe auf anderem Wege öffentlich bekannt gegeben werden, mit und ohne Willen des stillen Gesellschafters. Nur in ersterem Falle kann die Publication eine rechtliche Wirkung haben, in welcher Hinsicht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu urtheilen ist (Art. 260).[9a])

3. Die Betheiligung muß mit einer dem Schicksale des Geschäftes zu unterwerfenden Vermögenseinlage geschehen.[10]) Von der Beschaffenheit der Vermögenseinlage gilt das oben bei der Commanditgesellschaft Gesagte (§. 59). Sie kann daher in Geld oder in anderen Sachen, ja selbst in Diensten bestehen.[11]) Die Illation kann sowohl quoad dominium als auch quoad usum geschehen. Allerdings

8) Das Gesetz sagt „Gesellschaftsgläubiger"; doch ist es, wie v. Hahn (Comm. I. §. 3 zu Art. 257) bemerkt, correcter von Handlungsgläubigern oder Gläubigern des Inhabers oder der Inhaberder Firma zu sprechen, indem es bei der stillen Gesellschaft keine Gesellschaftsgläubiger, sondern nur Gläubiger des Complementar oder Gläubiger des stillen Gesellschafters gibt.

9) Erk. des R. O. H. G. XXIII. S. 55 f.

9a) Vgl. §. 1204 a. b. G. B.

10) Vgl. zur folgenden Darstellung v. Hahn, Comm. I. §. 1 zu Art. 252, Staub Comm. §§. 1 und 2 zu Art. 252, §. 4 zu Art. 250.

11) Ebenso Renaud a. a. O. S. 81; v. Hahn, Anschütz u. v. Völderndorff, Puchelt, Staub, Comm. zu Art. 252; A. M. Lastig in Endemann's Hdb. I. S. 735.

bestimmt Art. 252, Abs. 1, daß der Complementar Eigenthümer der Einlage des stillen Gesellschafters werde; allein das Gesetz hat hier nur den häufigsten Fall, die Illation quoad dominium, vor Augen. Für diesen Fall bestimmt das Gesetz, daß der Complementar Alleineigenthümer der Einlage werde, während bei der Commanditgesellschaft die Einlage in das Eigenthum der Gesellschaft, d. h. in das Miteigenthum der Gesellschafter übergeht. Dies schließt aber contractliche Abänderung nicht aus. Allerdings wurde deren Zulässigkeit bei den Berathungen als mit dem Wesen der stillen Gesellschaft unvereinbar abgelehnt, aber nur deshalb, weil es unzulässig sei, ein ipso iure und ohne Cession oder Tradition eintretendes Miteigenthum des stillen Gesellschafters an dem Erwerbe des Complementars zu statuiren.[12]) Hiedurch sollte einerseits ein gesondertes Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen werden, und andererseits auch der Grundsatz festgestellt werden, daß der Complementar nur für sich, nicht auch für den stillen Gesellschafter erwirbt (Art. 256). Hiegegen lautende Vertragsbestimmungen sind unzulässig und Dritten gegenüber wirkungslos, sofern nicht überhaupt eine andere Gesellschaftsform gewollt wurde.[13]) Keiner dieser beiden Grundsätze aber wird verletzt durch eine Illation quoad usum. Auch diese gewährt dem Complementar volles Recht des ausschließlichen Gebrauches der Sache, so lange die Gesellschaft dauert, was die Verabredung, daß die Sache nach Auflösung der Gesellschaft in natura zurückgegeben werde, nicht ausschließt[14]), und andererseits wird hiedurch ein abgesondertes Gesellschaftsvermögen nicht geschaffen. Die Bestimmung des Art. 252 Abs. 1 will nur besagen, daß die vorbehaltlos inferirte Einlage vollständig in das Vermögen des Complementars übergeht und daß im Zweifel anzunehmen ist, daß der Inhaber des Handelsgewerbes das volle Recht an der Sache haben soll.[15]) Doch muß mit Rücksicht auf die nach Maßgabe der Einlage beschränkte Haftpflicht des stillen Gesellschafters die Vermögenseinlage bestimmt oder doch bestimmbar sein, ohne daß sie deshalb mit einem bestimmten Betrage ein für allemal fixirt zu sein braucht; es kann sich der stille Gesellschafter ganz wohl verpflichten, „das zum Betrieb des Handelsgewerbes nöthige Capital“ herzugeben, oder er kann sich zu periodischen Zahlungen oder für den Fall des Bedürfnisses zu einer nachträglichen Erhöhung oder Ergänzung der Einlage verpflichten; denn auch die entgegengesetzte Bestimmung des Art. 252 Abs. 2 kann durch Uebereinkommen abgeändert werden.

4. Daß die Einlage des stillen Gesellschafters dem Schicksale des Geschäftes zu unterwerfen ist, besagt das Gesetz in Art. 250, indem es anordnet, daß die Betheiligung an dem Handelsgewerbe des Complementars „mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust“ zu erfolgen habe. Auch hierin liegt ein wesentliches Begriffs-

12) Prot. S. 1090.
13) Puchelt, Comm. I. Nr. 1 zu Art. 252.
14) Staub, Comm. §. 2 zu Art. 252.
15) v. Hahn, Comm. I. §. 1 Note 1 zu Art. 252.

merkmal der stillen Gesellschaft, wodurch sich dieselbe insbesondere vom Darlehensvertrage unterscheidet.[16]) Es ist daher nicht zulässig und dem Wesen der stillen Gesellschaft widersprechend, wenn statt der Gewinnantheile feste Zinsen ausbedungen werden[17]), und es dürfte auch nicht als statthaft anzusehen sein, wenn vereinbart würde, daß der stille Gesellschafter an dem Verluste nicht theilnehmen solle.[18]) Eine solche Gesellschaft wäre eine civilrechtliche Societät, wobei freilich nichts im Wege steht, daß die Parteien vertragsmäßig vereinbaren, sich rücksichtlich ihres Societätsverhältnisses im Uebrigen den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die stille Gesellschaft zu unterwerfen.[19])

5. Ein weiteres wesentliches Erforderniß der stillen Gesellschaft ist die unbeschränkte persönliche Haftung des Complementars, wie die auf die Einlage bezw. deren Werth beschränkte Haftung des stillen Gesellschafters, was die stille Gesellschaft mit der Commanditgesellschaft gemeinsam hat.

III. Die stille Gesellschaft als obligationenrechtliches Verhältniß beruht auf Vertrag. Dieser bedarf einer bestimmten Form nicht, kann daher auch mündlich oder durch concludente Handlungen abgeschlossen werden.

Fähig zum Abschlusse eines solchen Vertrages ist, wer überhaupt rechtsfähig ist (s. hierüber oben §. 19). Der stille Gesellschafter braucht nicht Kaufmann zu sein, der Complementar muß es sein, weil er ein Handelsgewerbe betreiben muß, an dem der stille Gesellschafter sich betheiligen muß; es genügt jedoch, wenn er Minderkaufmann ist.

Eine stille Gesellschaft besteht nur aus zwei Personen, dem stillen Gesellschafter und dem persönlich haftenden Gesellschafter (Complementar, Gerant, Geschäftsinhaber), jeder der beiden Theile kann auch eine Collectiveinheit (Handelsgesellschaft) oder eine juristische Person sein. Wenn mehrere nicht zu einer Einheit verbundene Personen stille Gesellschafter eines und desselben Complementars sind, so bestehen so viele stille Gesellschaften als stille Theilnehmer vorhanden sind.[20])

IV. Aus dem dargelegten Wesen der stillen Gesellschaft erhellt, daß es hier keinen anderen Willen der Gesellschaft gibt als den des Complementars, des Geschäftsinhabers, ohne daß dem stillen Gesellschafter ein Widerspruchsrecht zusteht.

V. Desgleichen erhellt aus dem Wesen der stillen Gesellschaft, daß es bei derselben kein Gesellschaftsvermögen gibt; das Handlungsvermögen ist das Vermögen des Complementars, sei es, daß dieser ein

16) Vgl. Gareis H. R. §. 26.

17) Staub, Comm. §. 5 zu Art. 250; anders Behrend §. 91 Note 24; R. O. H. G. IX. S. 37.

18) Makower, Note 1 c zu Art. 250; Fuchsberger-Gareis, H. G. B. mit Erläut., Anmerk. Nr. 7, 8 zu Art. 250; Willenbücher, H. G. Nr. 3 zu Art. 250; Staub §. 6 zu Art. 250; R. G. III. S. 8 ff.; Anders: R. O. H. G. XII. S. 100; R. G. XX. S. 163 ff.; XXVII. S. 15; Renaud a. a. O. S. 85; Lastig a. a. O. S. 705.

19) Staub, Comm. §. 6 zu Art. 250.

20) Staub, Comm. §. 1 zu Art. 250.

Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft ist. In ersterem Falle ist es höchstens factisch, keineswegs rechtlich vom Privatvermögen des Complementärs getrennt. Im Falle eine Handelsgesellschaft Complementar ist, richtet sich die Heranziehung des Privatvermögens der einzelnen Mitglieder dieser Handelsgesellschaft je nach den Bestimmungen für die betreffende Handelsgesellschaft.

§. 65.

B. Rechtsverhältnisse der stillen Gesellschaft im Innern und nach außen; Wirkung innerrechtlicher Verhältnisse nach außen.

I. Da bei der stillen Gesellschaft ein Gesellschaftsvermögen nicht besteht, sondern das ganze Handlungsvermögen Eigenthum des Complementars ist, bezw. derselbe, soweit es sich um eine Einlage quoad usum handelt, das volle Recht des Gebrauches hat, so hat auch der Complementar das alleinige Verwaltungsrecht seines eigenen Geschäftsvermögens, wobei das zwischen ihm und dem stillen Gesellschafter bestehende Rechtsverhältniß sich nur in wenigen Beziehungen von Einfluß zeigt, insbesondere soweit es sich um die Verwendung der Einlage des stillen Gesellschafters handelt, während andererseits wieder den Concursgläubigern des Complementars ein Anfechtungsrecht der an den stillen Gesellschaftern erfolgten gänzlichen oder theilweisen Rückzahlung oder des gänzlichen oder theilweisen Erlasses seiner Einlage zusteht. Abgesehen von diesen hiebei zu beachtenden durch das Gesellschaftsverhältniß bedingten Modificationen verwaltet der Complementar das Geschäftsvermögen wie sein eigenes, nicht etwa als Geschäftsführer der stillen Gesellschaft.

Hieran ändert sich auch nichts, wenn der Complementar eine Handelsgesellschaft ist, denn dann verwaltet die Handelsgesellschaft dieses Geschäftsvermögen als ihr eigenes nach den für sie diesbezüglich in Betracht kommenden Grundsätzen; und die hieraus sich ergebenden Formen der Geschäftsführung und Vertretung sind aber nicht Consequenzen der stillen Gesellschaft, sondern unabhängig hievon nur Folgen des Umstandes, daß der Complementar eben eine Handelsgesellschaft ist. Auch handelt der Complementar bezw. der Vertreter der an Stelle des Complementars tretenden Handelsgesellschaft nicht im Namen der stillen Gesellschaft, nicht im Auftrage des stillen Gesellschafters, sondern im eigenen Namen, in eigener Sache, er allein wird durch seine Geschäfte berechtigt und verpflichtet. Es kann sohin bei der stillen Gesellschaft weder von einer Geschäftsführung noch von einer Vertretung in dem Sinne wie bei Handelsgesellschaften die Rede sein.

II. Das Verhältniß zwischen dem Complementar und dem stillen Gesellschafter richtet sich in erster Linie nach dem Vertrage, der aber selbstverständlich keinerlei dem Wesen der stillen Gesellschaft widersprechende Bestimmung enthalten darf. Hienach ist 1. der stille Gesellschafter a) zur Leistung der im Gesellschaftsvertrage versprochenen Einlage verpflichtet u. z., wenn nicht im Vertrage anders bestimmt ist, zur sofortigen Ein-

bringung derselben. Den morosen stillen Gesellschafter treffen Verzugszinsen, ohne daß es vorher einer Mahnung bedarf. Der stille Gesellschafter ist, wenn nicht etwa im Gesellschaftsvertrage Anderes bestimmt ist, zur Leistung der ganzen Einlage verpflichtet und nicht berechtigt diese zu theilen und ratenweise zu leisten. Diese Einlage hat er, wie bereits oben gesagt wurde, in das Eigenthum des Complementars oder doch wenigstens in dessen volles Gebrauchsrecht einzubringen. Die Einlage kann auch rückständig bleiben, hat aber dann infolge ihres Charakters als Haftsumme im Concurse des Complementars zur Deckung etwaiger Verluste zu dienen; nach Art. 258 Abs. 2 hat der stille Gesellschafter die rückständige Einlage bis zum Betrage, welcher zur Deckung seines Antheils am Verluste erforderlich ist, in die Concursmasse zu zahlen. Aber eine weitere Haftung als bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage obliegt ihm nicht. So ist er insbesondere nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späteren Verlustes zurückzuzahlen; jedoch wird, so lange seine ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet (Art. 255 Abs. 2).[1]) Der nicht erhobene Gewinn des stillen Gesellschafters aber vermehrt seine Einlage nicht, sofern nicht Anderes vereinbart ist (Art. 255 Abs. 3). Ohne besondere Verabredung ist der stille Gesellschafter weder berechtigt noch verpflichtet, die durch Geschäftsverluste verminderte oder gar absorbirte Einlage zu erneuern oder zu ergänzen (Art. 252 Abs. 2).

b) Dem stillen Gesellschafter steht kein Recht zu, an der Geschäftsführung theilzunehmen, weil er ja nur an einem fremden, nicht etwa an einem gemeinsamen Gewerbe mit seiner Einlage theilnimmt. Wohl aber steht ihm dasselbe Controlsrecht wie dem Commanditisten zu (Art. 253 übereinstimmend mit Art. 160 Abs. 1 und 3).

c) Auch steht ihm nichts im Wege, ein gleichartiges oder ein anderes Handelsgewerbe für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten zu betreiben. Er kann auch an einer anderen Handelsgesellschaft als stiller Gesellschafter, oder als Commanditist, ja selbst als offener Gesellschafter theilnehmen.

d) Wie oben dargelegt wurde, gehört die Betheiligung des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust zum Wesen der stillen Gesellschaft. Die Höhe dieser Betheiligung kann hier wie bei der Commanditgesellschaft seitens der beiden Contrahenten im Vertrage vereinbart werden und ist in Ermangelung einer solchen Vereinbarung hier wie dort nach richterlichem Ermessen, eventuell unter Zuziehung von Sachverständigen festzustellen (Art. 254[2]) übereinstimmend mit Art. 162). Es ist selbstverständlich, daß sich die diesbezüglichen Vereinbarungen innerhalb der gesetzlich bezw. begrifflich festgesetzten Grenzen halten müssen (s. oben §. 64),

1) Dasselbe gilt für den Commanditisten.

2) Dieser Artikel wurde in III. Lesung angenommen, um dem Zweifel zu begegnen, ob ein Gesellschaftsvertrag, in welchem über die Vertheilung von Gewinn und Verlust nichts bestimmt wird, nicht etwa nichtig sei. (Prot. S. 4546.)

und daß durch derlei Vereinbarungen die Gläubiger des Geschäftes nicht verkürzt werden dürfen. Doch steht nichts entgegen, daß der Complementar dem stillen Gesellschafter wegen seiner Rechte aus der Betheiligung Sicherstellung (Pfand, Hypothek, Bürgschaft) gibt.[3]) Zum Zwecke der eventuellen Auszahlung des Gewinnes an den stillen Gesellschafter bezw. wegen Deckung des Verlustes, welchen die ursprüngliche Einlage erlitten hat, durch Gewinn wird am Schlusse jedes Jahres der Gewinn und Verlust berechnet (Art. 255 Abs. 1).

2. Aus dieser Bestimmung des Art. 255 Abs. 1 ergibt sich zugleich die Pflicht des Complementars a) zur jährlichen Rechnungslegung gegenüber dem stillen Gesellschafter. Hiezu ist er auch dann verpflichtet, wenn er Minderkaufmann ist. Diese Pflicht setzt selbstverständlich auch beim Minderkaufmann eine Verpflichtung, wenn auch nicht zu kaufmännischer Buchführung, so doch zu Aufzeichnungen voraus, die ihm die Rechnungslegung ermöglichen.[4])

b) Der Complementar wird zwar, wie oben dargestellt wurde, Eigenthümer der Einlage bezw. vollberechtigt rücksichtlich der im Wege der Illation zum Gebrauche überlassenen Sache oder rücksichtlich der inferirten Dienste, allein er übernimmt zugleich die Verpflichtung, die Einlage im Sinne des Gesellschaftsvertrages zu verwenden. Dies ist allerdings im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus dem Wesen der stillen Gesellschaft und dem Zwecke der Einlage, womit der stille Gesellschafter sich an dem Betriebe des Handelsgewerbes des Complementars betheiligt. Falls nicht in dieser Hinsicht im Gesellschaftsvertrage bestimmte Vereinbarungen getroffen worden sind, ist die Art der Verwendung der Einlage im Handelsgewerbe dem Complementar überlassen; „er kann dieselbe nach seinem freien Willen zur Bezahlung von Handelsschulden, zur Anschaffung von Waaren und Geräthschaften u. s. w. verwenden."[5]) Wegen vertragswidriger oder zweckwidriger Verwendung der Einlage, z. B. zu Schenkungen oder zur Zahlung von Spielschulden, oder zum Betriebe eines anderen Gewerbes als jenes, an welchem der stille Gesellschafter participirt, ist der Complementar dem stillen Gesellschafter verantwortlich und haftbar[6]); ja, dieser kann sogar in diesem Falle auf Grund des Art. 262 H. G. B. gegen den Complementar die Auflösung der stillen Gesellschaft vor Ablauf der vertragsmäßig für ihre Dauer bestimmten Zeit und ohne vorhergehende Aufkündigung verlangen, da eine derartige Vertragsverletzung seitens des Complementars wohl unter die „wichtigen Gründe" des Art. 262 gezählt werden kann.[7])

---

3) R. O. H. G. XII. S. 99 ff.
4) Behrend, H. R. I. §. 93 Note 10.
5) Renaud (=Laband) a. a. O. §. 11.
6) Behrend, H. R. I. §. 93 Nr. III.
7) Ebenso ein Erk. des Nürnberger Handels-Appellat.-Ger. in Samml. wichtiger Entsch. II. S. 89 und Ztschr. f. H. R. XV. S. 284 f.; v. Hahn, Comm. I. zu Art. 262; Lastig in Endemann's Hdb. I. S. 708 u. 735; Puchelt, Comm. I. Nr. 2 zu Art. 262; Anschütz und v. Völderndorff, Comm. II. Nr. II zu Art. 262. — Anders preuß. Erkenntnisse in Central-Org. N. F. VI. S. 361 f.
8) Thöl, H. R. I. §. 110 Anm. 20; Behrend, H. R. I. §. 93 Note 17.

c) Desgleichen ist der Complementar verpflichtet, das Handelsgewerbe, an welchem sich der stille Gesellschafter betheiligt, in dem Gesellschaftsvertrage entsprechender Weise zu betreiben, indem er einerseits die erforderliche Thätigkeit und Sorgfalt (u. z. diligentia, quam in suis rebus, arg. Art. 94, Abs. 1 H. G. B.)[8]) aufwendet, und andererseits die im Gesellschaftsvertrage vereinbarten oder mit Rücksicht auf die Art des Gewerbes, rücksichtlich dessen Betriebes die stille Gesellschaft geschlossen wurde, stillschweigend vorausgesetzten Grenzen in Bezug auf Art und Umfang des Betriebes einhält. Der dawiderhandelnde Complementar ist dem stillen Gesellschafter schadenersatzpflichtig.[9]) Holt der Complementar bei Abweichungen vom vertragsmäßig vereinbarten Betriebe des Gewerbes vorher die Zustimmung des stillen Gesellschafters zu denselben ein, so ist er von der oberwähnten Verantwortlichkeit frei.[10])

d) Der Complementar darf ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters in dem Handelszweige, rücksichtlich dessen die stille Gesellschaft geschlossen wurde, keine Geschäfte für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten eingehen, noch an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter oder Complementar theilnehmen.[11]) Das Gesetz spricht allerdings dieses Verbot nicht aus, ja es wurde nicht einmal bei Gelegenheit der Berathungen des Handelsgesetzbuches in der Nürnberger Commission dessen irgendwie Erwähnung gethan. Nichtsdestoweniger aber würde die in einem solchen Concurrenzbetriebe liegende Schädigung des stillen Gesellschafters eine Vertragsverletzung involviren, woran sich im Wesentlichen dieselben Folgen knüpfen wie bei der offenen Handelsgesellschaft[12]): Klage des stillen Gesellschafters auf dessen Unterlassung, Anspruch desselben auf Schadenersatz oder Selbsteintrittsrecht, jedoch mit Ausschluß der bei der offenen Handelsgesellschaft hiefür in Art. 97 Abs. 2 festgesetzten dreimonatigen Frist[13]), und endlich dürfte auch hierin vom Richter wohl einer jener „wichtigen Gründe“ erkannt werden können, welcher nach Art. 262 dem stillen Gesellschafter das Recht gewährt, vor Ablauf der für die Dauer der Gesellschaft bestimmten Zeit ohne Aufkündigung die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.

e) Nach außenhin tritt allein der Complementar hervor, er wird auch allein aus den Geschäften des Handelsgewerbes berechtigt und verpflichtet (Art. 256).

III. Das innerrechtliche Verhältniß zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Complementar wirkt nach außenhin nur im Falle des Con-

---

9) Vgl. Behrend, H. R. I. §. 93 Nr. III. und insbes. Note 15 u. 16.

10) Vgl. das Analogon bei der Commanditgesellschaft (S. 209), wo die Zustimmung des Commanditisten zu Geschäften einzuholen ist, welche über den Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen.

11) Behrend, H. R. §. 93 Nr. III; Staub, Comm. §. 4 zu Art. 252.

12) Behrend, H. R. I. §. 93 Nr. III.

13) Behrend, H. R. I. §. 93 Note 23.

14) Ursprünglich war in die seitens der Redactionscommission ausgearbeitete Vorlage, in welcher zuerst die Commanditgesellschaft und die stille Gesellschaft als zwei verschiedene Gesellschaftsformen behandelt und normirt worden waren, die Bestimmung aufgenommen, daß im Falle des Concurses des Complementars

curses über das Vermögen des Letzteren, u. z. 1. rücksichtlich der Stellung des Complementars gegenüber den Concursgläubigern und 2. rücksichtlich des Rechtes der Concursgläubiger zur Anfechtung gewisser zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Complementar getroffenen Vereinbarungen.

1. Für den ersteren Fall bestimmt Art. 258[14]), daß der stille Gesellschafter wegen seiner Einlage, soweit dieselbe den Betrag des auf ihn fallenden Antheiles am Verluste übersteigt, eine Forderung als Concursgläubiger geltend machen kann. Hiedurch wird für den Fall der Auflösung der stillen Gesellschaft durch Concurs des Complementars nur dasselbe festgesetzt, was bei anderen Auflösungsfällen gilt, in welchen der stille Gesellschafter von seiner Einlage soviel zurückerhält, als nach Abzug des von ihm vertragsmäßig zu tragenden Verlustes noch erübrigt, eine etwa noch rückständige Einlage aber bis zur Höhe des ihn treffenden Verlustantheiles in die Gesellschaft einzuzahlen hat; deshalb kann er auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch Concurs des Geschäftsinhabers diese seine Forderung in obiger Begrenzung wie jeder andere Gläubiger im Concurs geltend machen, wie er auch andererseits zur Einzahlung der rückständigen Einlage in die Concursmasse in obigem Maße verpflichtet ist.[15])

2. Um Vereinbarungen des stillen Gesellschafters und des Complementars in fraudem creditorum hintanzuhalten, bestimmt Art. 259, daß, wenn innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Concurses über das Vermögen des nach außen hin allein haftenden Complementars durch Vereinbarung zwischen diesem und dem stillen Gesellschafter (— in Voraussicht des Zusammenbruches des Unternehmens —) das Gesellschaftsverhältniß aufgelöst würde, die Concursgläubiger verlangen können, daß der stille Gesellschafter den ihm zurückbezahlten[16]) Betrag der Einlage — nicht aber den ausgezahlten Gewinn — in die Concursmasse einzahle, wogegen

---

alle Gläubiger desselben von dem stillen Gesellschafter befriedigt werden sollen (Prot. S. 1157), so daß hienach die Einlage des stillen Gesellschafters auch den Privatgläubigern des Complementars ganz verhaftet war. In dritter Lesung wurde einerseits beantragt, hier statt Gläubiger nur die Handlungsgläubiger zu setzen, andererseits aber der ganze Artikel als jeder inneren Begründung entbehrend bekämpft, worauf dann der Artikel in seiner gegenwärtigen Fassung angenommen wurde. (Prot. S. 4547 bis 4551.)

15) v. Hahn, Comm. I. §§. 3, 4 zu Art. 258; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. II. zu Art. 258; Staub, Comm. zu Art. 258.

16) Es ist hiebei nach v. Hahn (Comm. I. §. 7 zu Art. 259) „gleichgiltig, ob die Einlage durch directe oder indirecte Zahlung, durch Compensation, durch in solutum datio zurückgezahlt" oder durch Bestellung einer Hypothek sichergestellt wird. (R. O. H. G. XIV. S. 93. R. G. XXVII. S. 18.) Bestritten ist, ob Novation hieher zu rechnen ist. Dies dürfte aber insbesondere dann nicht anzunehmen sein, wenn durch die Novation an Stelle der dem stillen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrage zustehenden Forderung auf Rückzahlung der Einlage eine privilegirte oder höher privilegirte Forderung gesetzt ist. (v. Hahn a. a. O.; Behrend, H. R. I. §. 95 Note 13; anders Prot. S. 4558; Puchelt, Comm. I. Nr. 6 zu Art. 259; Staub §. 3 zu Art. 259.)

es ihm freisteht, im Sinne des Art. 258 Abs. 1 die ihm zur Zeit der Auflösung aus dem Gesellschaftsvertrage zugestandene Forderung als Concursgläubiger geltend zu machen. Dasselbe Recht steht den Concursgläubigern auch dann zu, wenn innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Complementars dem stillen Gesellschafter ohne Auflösung der Gesellschaft die Einlage ganz oder theilweise zurückbezahlt oder ganz oder theilweise erlassen[17]) wurde, und ebenso bei gänzlichem oder theilweisem Erlasse des Antheiles des stillen Gesellschafters am Verluste. Dieses Anfechtungsrecht der Concursgläubiger besteht aber dann nicht, wenn der stille Gesellschafter beweist, daß der Concurs in Umständen seinen Grund hat, welche erst nach dem Zeitpunkte der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind.

Die im Vorstehenden wiedergegebenen, dem Wesen der stillen Gesellschaft eigenthümlichen Bestimmungen des Art. 259 H. G. B. blieben unberührt durch das östr. Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884 Nr. 36 R. G. Bl.[18])

§. 66.

C. Endigung der stillen Gesellschaft.

I. Die Auflösung der stillen Gesellschaft erfolgt aus denselben Gründen wie jene der Commanditgesellschaft (Art. 261, 262 vgl. mit 170, 123—125); nur mußte der in Art. 123 Z. 1 bezeichnete Grund des Gesellschaftsconcurses wegfallen, weil ein solcher Mangels eines gesellschaftlichen Vermögens nicht eintreten kann. Doch ist über die einzelnen Auflösungsgründe Einiges zu bemerken:

1. Die Auflösung der stillen Gesellschaft erfolgt durch den Tod des Complementars, wenn nicht durch Vertrag bestimmt ist, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll (Art. 261 Z. 1), daher auch durch Auflösung bezw. Endigung der die Stelle eines Complementars vertretenden Handelsgesellschaft bezw. juristischen Person, nicht aber durch den Tod des stillen Gesellschafters oder Auflösung bezw. Endigung der als stiller Gesellschafter theilnehmenden Handelsgesellschaft bezw. juristischen Person (Art. 264). An Stelle des stillen Gesellschafters treten seine Erben[1]), denen aber das Kündigungsrecht zusteht. An Stelle der aufgelösten Handelsgesellschaft

17) v. Hahn, Comm. I. §. 9 zu Art. 259; Thöl, H. R. I. §. 112 Note 6; Renaud, Stille Ges. S. 188; Gareis, H. R. §. 28; A. A. Behrend, H. R. I. §. 95 Note 85; Staub, Comm. §. 8 zu Art. 259.

18) Bei Abfassung des östr. Anfechtungsges. blieb Art. 259 wohl unberücksichtigt (Behrend, H. R. I. §. 95 Note 7); er dürfte aber auch nicht durch §. 52 Anf. Ges. beseitigt sein, zumal das Anfechtungsrecht des Art. 259 auf dem Wesen der stillen Gesellschaft beruht, und durch die Aufhebung dieses Artikels durch §. 52 Anf. Ges.. in die Haftpflicht des stillen Gesellschafters eingegriffen würde. (Menzel, Anfechtungsr. §. 18 Note 12.) Für den Fortbestand des Art. 259 ohne Grundangabe auch Gertscher in Oestr. Ger. Ztg. Nr. 49 v. 1884; a. A. Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XV. S. 150 ff., insbes. S. 161 ff.

1) Adler-Clemens, H. G. E. III. Nr. 425.

oder der beendigten juristischen Person treten aber nicht jene Rechtssubjecte, denen das Vermögen derselben zufällt, sondern der Fortbestand der stillen Gesellschaft dürfte wohl dadurch zu erklären sein, daß die Auflösung bezw. Endigung der Handelsgesellschaft oder juristischen Person in Bezug auf ihr Rechtsverhältniß zum Complementar vorläufig als noch nicht eingetreten betrachtet wird. Nach der Liquidation und Auseinandersetzung, wie nach Ordnung der Vermögensnachfolge der juristischen Person dürfte wohl die Auflösung der stillen Gesellschaft durch den Complementar verlangt werden können, und auch verlangt werden.

2. Die Gesellschaft endigt, falls nicht im Vertrage Anderes vereinbart ist, dadurch, daß der Complementar, nicht aber dadurch, daß der stille Gesellschafter zur selbständigen Vermögensverwaltung rechtlich unfähig wird. (Art. 261 Z. 2; 264.) Im Falle der rechtlichen Unfähigkeit des stillen Gesellschafters wird die Gesellschaft mit den gesetzlichen Vertretern desselben fortgesetzt, denen aber das Kündigungsrecht zusteht.

Nur wenn der stille Gesellschafter zu persönlichen Dienstleistungen verpflichtet war, endigt sein Tod oder seine rechtliche Unfähigkeit die stille Gesellschaft.[2])

3. Die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Complementars als des eigentlichen Trägers und Inhabers des Geschäftes macht den Fortbetrieb des Gewerbes, sohin auch den Fortbestand der stillen Gesellschaft unmöglich; nicht so der Concurs des stillen Gesellschafters.[3]) Dennoch wurde nicht nur der Concurs des Complementars, sondern auch jener des stillen Gesellschafters in dritter Lesung als Auflösungsgrund in Art. 261 Z. 3 aufgenommen, indem in der Gesetzgebungscommission zu Nürnberg geltend gemacht wurde, daß es inconsequent wäre, die Auflösung dann nicht eintreten zu lassen, wenn eine Mehrzahl von Privatgläubigern eines Gesellschafters vorhanden ist, die bei der nach Concursrecht erfolgenden Vertheilung des Gesammtvermögens ihres Schuldners unter sie nicht vollständig befriedigt werden, während man in Art. 126 dem Privatgläubiger eines Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft, und in Art. 170 jenem des Commanditisten das Recht einräumt, nach fruchtlos vollstreckter Execution in das Privatvermögen des Schuldners und nach erwirkter Execution in das demselben bei eventueller Auflösung der Gesellschaft zukommende Guthaben nach vorheriger Aufkündigung die Auflösung zu verlangen, wozu noch komme, daß hier der Gemeinschuldner seinen Vermögenstheil ganz in das Vermögen eines Andern hingegeben hat, seine Gläubiger sohin mehr als bei den anderen Gesellschaften gefährdet wären, wenn ihnen nicht hier ein ähnliches Recht wie bei den obenerwähnten Gesellschaften gewährt würde.[4]) Diesen Erwägungen entsprang auch die Aufnahme des Art. 263, der die oben erwähnte Befugniß der Privatgläubiger eines Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft (Art. 126) auch den Privatgläubigern des stillen Gesellschafters einräumt.

2) Keyßner, H. G. zu Art. 264.
3) Vgl. v. Hahn, Comm. I. §. 3 zu Art. 261.
4) Prot. S. 4651—4653.

4. Rücksichtlich der Auflösung der stillen Gesellschaft durch gegenseitige Uebereinkunft (Art. 262 Z. 4) ist auf die oben (§. 65) besprochene Beschränkung des Art. 259 (Anfechtungsrecht der Concursgläubiger bei solcher Uebereinkunft innerhalb eines Jahres vor der Concurseröffnung über das Vermögen des Complementars) zu verweisen.

5. Rücksichtlich der Auflösung der stillen Gesellschaft durch Ablauf der Zeit bezw. der eventuellen stillschweigenden Fortsetzung und Erneuerung derselben (Art. 261 Z. 5), sowie rücksichtlich der Aufkündigung (Art. 261 Z. 6) findet das oben (§. 52) bei der offenen Handelsgesellschaft Gesagte analoge Anwendung.

6. Wohl steht es dem Complementar, der ja sein eigenes Handelsgewerbe ausübt, jederzeit frei, seinen Gewerbebetrieb einzustellen und so die stille Gesellschaft zu beendigen. Das Gesetz gibt auch dem stillen Gesellschafter keine Klage auf Fortsetzung des Betriebes; doch dürfte es die Rücksicht gegen den stillen Gesellschafter verlangen, sich in diesem Falle auch der Aufkündigung zu bedienen, und erscheint es immerhin nicht erwiesen, ob nicht die vorzeitige Einstellung des Betriebes eine Vertragsverletzung in sich schließt, weshalb wohl in diesem Falle der Complementar schadenersatzpflichtig gegenüber dem stillen Gesellschafter wäre.[5])

7. Auch hier kann, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (Art. 125) und der Commanditgesellschaft (Art. 170 im Zusammenhang mit Art. 125) vor Ablauf der für die Dauer der stillen Gesellschaft bestimmten Zeit oder bei einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer ohne vorherige Aufkündigung aus wichtigen Gründen die Auflösung derselben verlangt werden. Die Beurtheilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, ist auch hier im Falle des Widerspruches dem Ermessen des Richters überlassen. (Art. 262.)

II. Nach Auflösung der stillen Gesellschaft muß der Complementar sich mit dem stillen Gesellschafter auseinandersetzen und die Forderung desselben in Geld berichtigen (Art. 265 Abs. 1), was dem Grundsatze des Art. 252 entspricht, wonach der Complementar Eigenthümer der Einlage wird, auch wenn sie nicht in Geld, sondern in anderen Sachen besteht. Wenn Art. 265 Abs. 2 bestimmt, daß der Complementar die Liquidation besorgt, so meint er nicht Liquidation in dem Sinne wie bei anderen Gesellschaften, sondern wie der Wortlaut des Art. 265 Abs. 2 selbst besagt, nur die Abwickelung der bei der Auflösung noch schwebenden Geschäfte. Sollte diese Geschäftsabwickelung längere Zeit beanspruchen, so kann wohl auch hier der stille Gesellschafter wie der ausgeschlossene oder ausgeschiedene Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft (Art. 130 Abs. 4) am Schlusse jedes Geschäftsjahres Abrechnung über die inzwischen erledigten Geschäfte und Auszahlung der ihm hienach gebührenden Beträge, sowie auch einen Nachweis über den Stand der noch laufenden Geschäfte fordern.[6])

---

5) Theilweise anders: Staub, Comm. §. 3 zu Art. 261.
6) Behrend, H. R. I. §. 94, II.

§. 67.

5. Die Actiengesellschaft.[1])

A. Begriff und rechtliche Natur.[2])

I. Ihrem wirthschaftlichen Wesen nach erscheint die Actiengesellschaft als die reinste Form der Capitalsvereinigung ohne persönlich und un=

1) Literatur: Abgesehen von den bereits oben vielfach erwähnten Commentaren, Handbüchern und Lehrbüchern des H. R. sind hier zu erwähnen: Renaud, Das Recht der Actiengesellschaft, 1. Aufl. 1863, 2. Aufl. 1875, woselbst sich in §. 3 eine kritische Uebersichau der das Actienrecht betreffenden Literatur befindet; Pöhls, Das Recht der Actiengesellschaften 1841; Jolly in Ztschr. f. deutsches Recht XI. S. 317—449; Hermann, Der Rechtscharakter der Actienvereine 1858; Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, Berlin 1867; Witte in Ztschr. f. H. R. VIII. S. 1 ff.; Auerbach, Actienwesen 1873; Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht, I. Theil. 1873; Löwenfeld, Das R. d. Act.=Gesellsch. (1879). — Ausführliche Literaturnachweise bei Goldschmidt, System des H. R. (4. Aufl.) S. 31; Behrend, H. R. I. §. 96 Note 1; Stobbe, Handb. d. deutschen Privatr. I. (4. Aufl., besorgt von Schulz) §. 58 Note 1, und insbes. bei Primker in Endemann's Handb. I. §. 113.

Geschichte: Goldschmidt, Handb. d. H. R. 3. Aufl. I./1. Universalgesch. des H. R. S. 290 u. ff.; Renaud, Das Recht der Actiengesellschaften §. 1; Primker in Endemann's Hdb. I. §§. 107 bis einschl. 112; Gierke, Genossenschaftsrecht I. S. 439 ff., 465 ff., III. S. 821 ff.; Achenbach, Das gemeine deutsche Bergrecht I. S. 283 ff.; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechtes I. §. 59 (Bd. II., 2, I. von Binding's Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft); Schück, Brandenburg=Preußens Colonialpolitik 1647 — 1721; Ring, Asiatische Handlungscompagnien Friedrich's des Großen (1890). Vgl. auch Fick in Ztschr. f. H. R. V. S. 1 ff.

Rechtsquellen: Für Oesterreich steht noch der dritte Titel des 2. Buches des allg. deutschen H. G. B in der ursprünglichen Fassung (Art. 207 bis einschl. 249) in Kraft. Mehrfache Versuche einer Reform des Actienrechtes in Oesterreich (1869, 1874, 1882) blieben ohne Erfolg. (Vgl. Grünhut in s. Ztschr. I. S. 79 ff.; und in Wiener Jur. Bl. Nr. 7 und 9 v. 1877; Vortrag in Wiener Jurist. Gesellsch. und Discussion hierüber s. Nr. 9 bis 12 ebenda; vgl. noch Jurist. Bl. Nr. 20 v. 1872, Nr. 5, 6, 7, 45—49 v. 1874, Nr. 7, 9, 10 v. 1882, ferner Magg, Der Gesetzentw. über Actienges. u. Commanditges auf Actien (1874); Randa in Oest. Allg. G. Ztg. Nr. 5 und 6 v. 1875; Blaschke ebenda Nr. 34—36.) Das deutsche Actienrecht ward seither zweimal einer Revision unterzogen und neu codificirt, zuerst durch das nordd. Bundes= bezw. deutsche Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 (Actiennovelle genannt) und dann durch das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 betr. die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften (Nr. 22 R. G. Bl. S. 123 ff. von 1884.) — Zur Geschichte dieser Gesetze siehe insbesondere Petersen und v. Pechmann, Ges. betr. die Commanditgesellschaft auf Actien und Actiengesellschaften (1890), zugleich als Supplement zur 3. Auflage von Puchelt's Comm. z. Allg. Deutschen H. G. B., u. zw. Einleitung. (S. XI.—XVIII.) Diese beiden Reichsgesetze riefen in Deutschland eine zahlreiche Literatur hervor (s. hierüber insbes. die Zusammenstellung in Ztschr. f. H. R. XXXII. S. 250; Goldschmidt, System a. a. O.; Behrend a. a. O.; Stobbe=Schulz a. a. O.); Comm. z. R. Ges. v. 1884: Ring (2. Aufl. 1892); Simon und Keyßner, Kayser (2. Aufl. 1891); Esser (5. Aufl. 1891); Hergenhahn; außerdem aufgenommen in die Comm. von Fuchsberger=Gareis, Willenbücher, Staub und in die Supplemente zu den Comm. von Makower, v. Völderndorff, Puchelt, sowie in die Hand= bezw. Lehrbücher von Behrend, Cosack (1. u. 2. Aufl.), Endemann (4. Aufl.), Gareis (4. Aufl.); Wiener, Der Actiengesetzentwurf (1884); Simon in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 445 ff.; Goldschmidt ebda. XXX. S. 69 ff.; Bähr in Ihering's Jahrb.

beschränkt haftende Gesellschafter, bei welcher durch die Beiträge Einzelner ein größeres Capital geschaffen wird, welches einem bestimmten Unternehmen als Fond zu dienen hat. Diese Form der Vereinigung ermöglicht nicht nur eine zahlreichere Betheiligung in den weitesten Kreisen an einem größeren Unternehmen, nicht nur die Schaffung eines großen Capitals zu Erreichung eines für Einzelne zumeist unerreichbaren Zweckes, sondern durch den infolge der Uebertragbarkeit und Veräußerlichkeit der Antheile der Einzelnen an dem Gesellschaftsvermögen bei ihr stets möglichen Wechsel ihrer Mitglieder auch die Ausführung von Unternehmungen, welche weit mehr Zeit als ein Menschenleben in Anspruch nehmen.[3]) So sehr aber erscheint die Actiengesellschaft selbständig und unabhängig von bestimmten Personen als Mitgliedern, daß die Mitglieder selbst sich untereinander sowie dem Vorstande der Gesellschaft persönlich und dem Namen nach unbekannt sein und bleiben können; auch ist es für den Bestand der Gesellschaft als solcher ganz gleichgiltig, aus welchem Grunde sich der Einzelne an der Gesellschaft betheiligt.[4])

II. Diesem wirthschaftlichen Wesen und Zwecke der Actiengesellschaft

---

XXI. S. 430 ff.; Renaud in Busch's Arch. XLV. S. 1 ff., 169 ff., 269 ff.; Ring ebda. S. 72 ff.; Hecht, Zur Reform d. Act. Gesetzgebg. (Vortr. im volkswirthsch. Verein in Frankf. a. M. 1884). Ungarisches H. Ges. §§. 147 bis einschl. 222, bosnisch-herzegowinisches H. Ges. §§. 151 bis einschl. 244.

2) Zur Begriffsbestimmung der Actiengesellschaften vgl. Renaud, Das Recht der Actiengesellschaften §. 4 (1. Aufl.) [§. 5 der 2. Aufl.]; Behrend, H. R. I. §. 96 Nr. I und Note 2; Stobbe-Schulz a. a. O. I. §. 58; Cosack, H. R. 2. Aufl. §. 91. — Das H. G. B. gibt allerdings keine Definition der Actiengesellschaft, doch enthält Art. 207 Abs. 1 u. 2 die wesentlichen Begriffsmerkmale der Actiengesellschaft. Das ung. H. G. B. (§. 147) und das bosn.-herzeg. (§. 151) versuchen die Actiengesellschaft zu definiren, jedoch unvollständig und ungenau.

3) J. B. Say, Traité d'économie politique (1803) . . . . . .

4) Ihering, Der Zweck im Recht I. S. 47, der aber in dem dortselbst erwähnten Beispiele der Bildung einer Actiengesellschaft zum Zwecke des Baues einer Eisenbahn doch wohl vielleicht zu weit gehen dürfte, wenn er ausführt, daß es von allen Actienzeichnern vielleicht keinem einzigen um den Zweck der Eisenbahn selbst, nämlich um die Eröffnung eines neuen Verkehrsweges zu thun sei. Nur die Regierung habe bei Ertheilung der Concession den angeführten Zweck der Eisenbahn im Auge, für sie also decken sich Interesse und Zweck, und vielleicht, fügt Ihering hinzu, habe es „selbst in den Regionen der Regierung noch eines künstlichen Vorspannes bedurft, um das Unternehmen aus der Stelle zu fördern. Von den Actienzeichnern hat der eine die dauernde Anlage seines Capitals im Auge, der andere zeichnet, um sofort wieder zu verkaufen, der dritte, ein reicher Gutsbesitzer oder Fabrikant, im Interesse der leichteren Verwerthung seiner Producte und Fabrikate, der vierte, weil er Actien einer Concurrenzbahn besitzt, der fünfte, eine Gemeinde, weil dies die Bedingung einer für sie günstigen Richtung der Bahnlinie ist, — kurz, jeder hat sein eigenes Interesse im Auge, keiner den Zweck, und doch wird derselbe auf diesem Wege vielleicht sicherer und rascher gefördert, als wenn er direct verfolgt worden wäre". Diesen Ausführungen Ihering's dürfte vielleicht beigefügt werden, daß ja in den erwähnten Fällen des Gutsbesitzers oder Fabrikanten, der zum Zwecke der Verwerthung seiner Producte oder Fabrikate, und der Gemeinde, die in Erkenntniß der für sie günstigen Bahnlinie zeichnen, Interesse des Zeichnenden und Zweck des Unternehmens insofern zusammenfallen, als der Zeichnende die Durchführung des Unternehmens als in seinem Interesse gelegen erkennt.

entspricht auch der dem H. G. B. zu Grunde liegende Begriff der Actiengesellschaft. Nach Art. 207 H. G. B. ist eine Handelsgesellschaft dann eine Actiengesellschaft, „wenn sich die sämmtlichen Gesellschafter nur mit Einlagen betheiligen, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften". Die Betheiligung der Einzelnen an dem für den Gesellschaftszweck aufzubringenden oder aufgebrachten Gesellschaftscapitale, das auch Einlage- oder Grundcapital genannt wird, erfolgt durch Actien, d. i. durch feste, in Geld zu leistende Einlagen, über welche den Einlegern Urkunden, die gleichfalls Actien heißen, ausgestellt werden. Das Capital der Actiengesellschaft wird in Actien oder Actienantheile zerlegt; und der Erwerb einer oder mehrerer Actien oder eines oder mehrerer Actienantheile gewährt das Recht der Mitgliedschaft in einer Actiengesellschaft. Daher heißen die Mitglieder der Actiengesellschaft Actionäre. Die Actiengesellschaft beruht wie jede andere Handelsgesellschaft auf Vertrag; doch erheischt die größere Zahl ihrer Mitglieder, die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft von selbst eine mehr corporative Verfassung als die anderen Handelsgesellschaften, weshalb auch die Actiengesellschaft nicht selten als Actienverein bezeichnet wird. Hienach erscheint die Actiengesellschaft als eine Vereinigung eventuell wechselnder Personen, welche zur Erreichung eines bestimmten vertrags-(statuten-)mäßigen Zweckes durch festbestimmte Einlagen, über welche hinaus sie nicht haften, ein Gesellschaftscapital bilden und mit eben diesen Einlagen an dem Gesammtunternehmen und eventuell an dessen Gewinn theilnehmen.

III. Die Actiengesellschaft ist eine juristische Person[5]): ihr Bestand

---

5) Ebenso insbes. Beseler, Volksr. S. 187, Privatr. §. 232; Reyscher in Ztschr. f. deutsches Recht VIII. S. 382; Unger in d. krit. Ueberschau VI. S. 183 ff. (früher Oestr. Privatr. I. §. 43 a. A.); Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den jurist. Personen, insbes. der sog. corporativen Societäten und Genossenschaften, S. 57 ff.; Kuntze, Inhaberpapiere S. 506 ff. und in der krit. Vierteljahrschrift VI. S. 64 ff.; Bekker in Ztschr. f. H. R. IV. S. 557 ff., 566, XVII. S. 389 ff. u. Pandekten I. §. 68 Note i (Zweckvermögen); Laband, ebenda VII. S. 618, XXX. S. 469 ff., XXXI. S. 1 ff.; Renaud, Actg. S. 147 ff. (1. Aufl. S. 118 ff.); Gerber, Deutsches Privatr. §. 198; Stobbe-Schulz, D. Priv. R. I. §. 58; Windscheid, Pandecten I. §. 58; Löwenfeld, Das Recht der Actiengesellschaften, Kritik u. Reformvorschläge 1879, S. 104; Wiener in Zeitschrift für H. R. XXIV. S. 50; v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland S. 101 u. ff.; v. Hahn, Comm. I. §. 1 zu Art. 213; Keyßner, H. G. B. Nr. 2 zu Art. 207; Petersen u. v. Pechmann, Ges. betr. die Commanditges. auf Actien und die Actienges., zugleich Suppl. zu Puchelt's Comm. des H. G. B., Vorbemerkungen zum 3. Tit. des 2. Buches I. unter Nr. 3; v. Völderndorff im Supplementbande zu Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. z. H. G. B. Nr. 1 zu Art. 213; Fuchsberger-Gareis, H. G. B. Nr. 123 bei Art. 207; Staub, Comm. §. 1 zu Art. 207; Goldschmidt, System §. 42; Behrend, H. R. §. 62 Nr. I, §. 96 Nr. III; Endemann, H. R. §. 61 Nr. III; Cosack, H. R. §. 91 Nr. III; Gareis, H. R. §. 31 Nr. IV; Esser, Commanditges. auf Actien und Actiengesellschaft Nr. 1 zu Art. 213; Ring, Cdtges. auf Actien u. Actiengesellschaften, Vorbemerkg. 1 zum 3. Titel. — Vgl. Plathner in Gruchot's Beitr. XXI. S. 149 ff.; Brix, Comm. zu Art. 213 und auch Holain, Oestr. Handelsgesetze zu Art. 213, der aber alle Handelsgesellschaften für juristische Personen erklärt. S. auch die Literaturangaben bei Randa im Arch.

ist unabhängig von dem Wechsel der Mitglieder; sie ist nicht die collective Einheit ihrer Mitglieder, sondern nur die thatsächliche Vereinigung derselben; sie steht als selbständiges Rechtssubject über und neben ihren einzelnen Mitgliedern; sie hat, wie das Gesetz (Art. 213)[6]) sagt, „als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten", ihre Rechte und Pflichten aber sind nicht die Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter, und der Actionär ist nicht Miteigenthümer des Gesellschaftsvermögens, hat keinen Antheil an dem Actienvermögen, sondern je nach Maßgabe seiner Betheiligung an dem Unternehmen nur einen Antheil an dem Gewinne, auf dessen Auszahlung ihm ein Klagerecht zusteht. Aber er kann nicht auf Theilung des Gesellschaftsvermögens dringen, sondern nur seinen Anspruch gegenüber der Gesellschaft auf einen Anderen übertragen. Die Gesellschaft hat ihr eigenes vom Vermögen des Gesellschafters getrenntes Vermögen; dieses allein, nicht auch das Vermögen der einzelnen Actionäre haftet für die Schulden und Verpflichtungen der Gesellschaft; und selbst rücksichtlich des noch rückständigen Beitrages sind die Actionäre nur Schuldner der Gesellschaft, nicht der Gesellschaftsgläubiger, zu welchen sie überhaupt in gar kein unmittelbares Rechtsverhältniß treten. Auch sind nicht die Gesellschafter als solche Vertreter der Gesellschaft oder für sie handlungsberechtigt, sondern gleichwie bei einem Vereine ein gewählter Vorstand.[7])

IV. Fähig, Mitglied zu werden, ist jeder, der nach bürgerlichem

---

f. W. R. XV. S. 33. — Anerkannt wird die jurist. Persönlichkeit der Actiengesellschaft auch in den Entsch. des deutschen R. O. H. G. VI. S. 16, X. S. 205, XI. S. 121 ff., XIV. S. 356, XXII. S. 241 und des deutschen R. G. VII. S. 69, XXIII. S. 202. —

Strafrechtlich aber können Actiengesellschaften weder verfolgt noch verurtheilt werden, auch nicht wegen Beleidigung geklagt werden (Willenbücher, H. Ges. Nr. 2 zu Art. 213; vgl. R. O. H. G. XIII. S. 290 ff.; XXI. S. 360), noch selbst wegen Beleidigung klagen, ausgenommen wegen verleumderischer Beleidigung (St. G. B. §. 187), gegen welche sie insofern geschützt sind, als sie wegen Behauptung oder Verbreitung unwahrer Thatsachen, welche ihren Credit gefährden können, entweder eine Buße beantragen (§. 188 St. G. B.) oder auf Ersatz klagen können. (Motive z. Str. G. B. S. 373.) Für den Societätscharakter bezw. gegen die juristische Persönlichkeit der Actiengesellschaften sprechen sich insbesondere aus: früher Randa im Arch. f. W. R. XV. S. 33 (vgl. auch die Literaturangaben daselbst), der aber S. 34 Note 47 a. a. O. die entgegengesetzte Construction für möglich hält und an dieser Ansicht auch festhält in Grünhut's Ztschr. f. öff. u. Priv. R. der Gegenwart IV. S. 161 ff.; Thöl, H. R. I. §§. 87, 121, 150; Savigny, Obl. R. II. S. 113, 114 Anmerkung, der beide Constructionen für denkbar erklärt; Brinz, Lehrb. d. Pandecten II./2. (2. Aufl.) §. 437; Primker in Endemann's Hdb. I. §§. 123, 133; Puchelt, Comm. I. Nr. 3 zu Art. 207, Nr. 1 zu Art. 213; Ladenburg in Busch's Archiv f. H. u. W. R. VI. S. 206 u. ff.

Ein eigenes selbständiges Gebilde oder ein Mittelgebilde zwischen Societät und juristischer Person nehmen an Beseler, Volksrecht S. 487 ff., Privatr. §. 232; Gierke, Genossenschaft I. S. 1017, II. S. 37; Dernburg, Preuß. Privatr. II. §§. 225, 229; Bekker, Pand. I. §. 43 S. 150, 8; vgl. auch Literaturangaben bei Stobbe-Schulz, D. Priv. R. I. §. 58 Note 12.

6) Eine gleiche Bestimmung fehlt im ung. und im bosn.-herzeg. H. G.

7) Vgl. hiezu Stobbe-Schulz, D. Priv. R. I. §. 58.

Rechte Eigenthum erwerben kann, sohin jeder, der überhaupt rechtsfähig ist, physische und juristische Personen, Kaufleute, Handelsgesellschaften und Nicht-Kaufleute. Auch Frauen können Actionärinnen sein; jedoch sind sie in der Regel vom persönlichen Besuche der Generalversammlung ausgeschlossen.[8])

V. Nicht jede Actiengesellschaft ist zugleich Handelsgesellschaft, sondern nur jene, „bei welcher der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht". (Art. 5.)[9]) Auf diese allein sind die Bestimmungen des H. G. B. anwendbar, während auf Actiengesellschaften, die nicht Handelsgesellschaften, nicht Kaufleute sind, die Bestimmungen des Vereinsgesetzes v. 26. Nov. 1852 Nr. 253 R. G. Bl. Anwendung finden. Letzteres gilt übrigens auch für Handelsactiengesellschaften, jedoch mit Ausschluß der §§. 9 und 12, deren ersterer den wesentlichen Inhalt des Planes oder der Statuten eines Vereines, letzterer aber specielle Bestimmungen rücksichtlich der Actienvereine (Verbot von Vorausbezahlungen vor Bewilligung, Interimsscheine, Generalversammlung, Stimmrecht, Vorstand) enthält (§. 32 Einf Ges. z. H. G. B.).

VI. Die Selbständigkeit der Actiengesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern, ihre juristische Persönlichkeit kommt auch in ihrer Firma zum Ausdrucke, welche nach Art. 18 H. G. B.[10]) in der Regel von dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein muß (sog. Sachfirma), wie z. B. Creditanstalt für Handel und Gewerbe, Bodencreditanstalt, N.-Oe. Escomptegesellschaft, Giro- und Cassenverein, Oestr. Hypothekenbank, Oestr. Länderbank, Ferdinand-Nordbahn, Salzburger Eisenbahn- und Tramway-Gesellschaft u. s. w. Außerdem kann auch ein die Gesellschaft von anderen gleichartigen Unternehmungen unterscheidender Zusatz gewählt werden, wie z. B. Versicherungsgesellschaft Phönix, Versicherungsgesellschaft Anker,

---

8) Gareis, D. H. R. §. 16.

9) Anders ung. u. bosn. H. G. B. und Art. 208 der deutschen Aktiennovelle von 1870 und dann des deutschen R. Ges. v. 18. Juli 1884 betreffend die Commanditges. auf Actien u. Actiengesellschaft. — Ueber die Uebelstände eines zweifachen Actienrechtes s. Laband im Deutschen Wochenblatt Nr. 24 von 1889, der sich überhaupt für die Ausscheidung des Actienrechtes aus dem H. G. B. und für eine Neuredaction des Actienrechtes ausspricht, ohne aber dessen Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch anzuempfehlen, zumal die Normen des Actienrechtes „einen beweglicheren Charakter als die granitenen Grundsätze des Privatrechtes" haben und in kürzeren Zeitabschnitten als das übrige bürgerliche Recht Abänderungen erfordern. Mit der Ausscheidung des Actienrechtes aus dem H. G. B. würde auch, wie Laband weiter ausführt, der Uebelstand verschwinden, daß in erster Reihe die Commanditgesellschaft auf Actien als eine Nebenform der Commanditgesellschaft geregelt ist, in dem Abschnitte über die Actiengesellschaft dagegen wiederholt auf die Bestimmungen für die Commanditgesellschaft auf Actien verwiesen wird, während doch die Actiengesellschaft als Grundform zuerst eine principielle und zusammenhängende gesetzliche Normirung erfahren sollte, worauf dann in zweiter Linie bei der Commanditactiengesellschaft anzugeben wäre, welche Bestimmungen über die Actiengesellschaften auch auf die Commanditactiengesellschaften Anwendung zu finden hätten. Auch der Rechtsbegriff der Handelsgesellschaft würde, wie Laband a. a. O. mit Recht hervorhebt, dadurch erst eine klare und feste Ausprägung erhalten.

10) Vgl. ung. H. G. §. 14; bosn. §. 15.

Wechselstuben-Actiengesellschaft Merkur. Der Name eines oder mehrerer Gesellschafter oder anderer Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden, weil hiedurch im Publicum die irrige Annahme hervorgerufen würde, als seien diese Gesellschafter persönlich haftende. Jedoch ist es gestattet, einen Namen einer bekannten, historischen, vielleicht schon längst verstorbenen Person als Firma zu wählen, bei welchem ein Irrthum, wie obiger, bei dem Publicum nicht möglich ist, wie z. B. Dampfschiffahrtsgesellschaft des Oesterreichischen Lloyd.[11])

Die Firma der Actiengesellschaft ist wie die jeder anderen Handelsgesellschaft zum Handelsregister anzumelden. Diese Anmeldung erfolgt durch den Vorstand. Vor ihrer Eintragung in das Handelsregister besteht die Actiengesellschaft als solche nicht. Die ausgegebenen Actien und Actienantheile sind nichtig, und deren Ausgeber sind ihren Besitzern solidarisch schadenersatzpflichtig. Für alle vorher im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten und Verpflichtungen haften die Handelnden persönlich und solidarisch. (Art. 211.)[12]) Die Registrirung hat hier im Gegensatz zu den anderen Gesellschaften constitutive Bedeutung.[13])

VII. Wesen und Form der Actiengesellschaften bergen eigenthümliche Gefahren in sich, sowohl für die Actionäre als für die Gläubiger der Actiengesellschaft.[14]) Vor Allem erzeugt die mobile Natur (die leichte Uebertragbarkeit) der Actie die Möglichkeit, mittels derselben wie mittels eines anderen Werthpapieres zu speculiren, so daß der Zweck des Unternehmens gegenüber der Speculation auf augenblicklichen Gewinn zurücktritt. Ja, es kann vorkommen, daß Gründer und Actionäre die Absicht

11) Edward Lloyd war der Besitzer eines jener Kaffeehäuser Londons, die gegen Ende des 17. Jahrhunderts entstanden und bald wichtige Sammelplätze politischer Parteien, Kaufleute u. s. w. wurden. Im Jahre 1696 gründete er für seine Gäste ein mercantilisches Wochenblatt „Lloyd's News", das aus politischen Gründen unterdrückt wurde und erst 1726 als „Lloyd's List" wieder erschien und zwar als Organ für Schiffahrtsinteressen, insbesondere Versicherungswesen, „dessen Vertreter ihr Geschäft in Lloyd's Rooms concentrirten. So entwickelte sich eine Gesellschaft, die 1771 als New Lloyds an der Ostseite der Börse sich niederließ und den Mittelpunkt des englischen Seeversicherungswesens bildete. Sie erhielt 1871 Corporationsrechte und gab die Shipping and mercantile Gazette and Lloyd's List" heraus. 1834 gründete die Gesellschaft ein Schiffsclassificationsinstitut: Lloyd's regista of British and foreign shipping. Nach diesem Vorbilde ward in Rostock der Germanische Lloyd als Schiffsclassificationsinstitut gegründet, der später nach Berlin übersiedelte. Ebenso tragen diesen Namen andere dem Seehandel dienende Institute, wie der Rheinisch-westphälische Lloyd in München-Gladbach, der Lloyd français in Paris ꝛc. Von Dampfschiffahrtsgesellschaften führen diesen Namen u. A. der Nordd. Lloyd, 1857 als Actiengesellschaft für Dampfschiffahrt gegründet, der Oestr. Lloyd, 1833 als Versicherungsgesellschaft gegründet, 1836 durch Gründung einer Actiengesellschaft für Dampfschiffahrt erweitert, seit 1868 östr.-ung. Lloyd, seit 1891 östr. Lloyd (Meyer, Conv.-Lexicon unter Lloyd).

12) Ung. H. G. §. 160; bosn. §. 165. Vgl. hierüber Ladenburg in Ztschr. f. H. R. XV. S. 33 ff.

13) Behrend, H. R. I. §. 98.

14) Vgl. zum folgenden Abschnitte Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 91 Nr. VI.; v. Stubenrauch, östr. H. R. §. 118.

der Betheiligung an einem reellen Handels- oder Industrieunternehmen nur vorschützen, um mit den Actien als Werthpapieren zu speculiren oder ein Börsespiel zu betreiben, welches diesen einen vom Gedeihen des Unternehmens unabhängigen Börsencurswerth verleiht. Auch besteht die Gefahr, daß die Gründer wie der Vorstand der Actiengesellschaft, nur auf ihren eigenen Vortheil bedacht, das ihnen seitens der Actionäre geschenkte Vertrauen mißbrauchen, und zwar um so leichter, als ja die bequeme Art der Betheiligung an dem Gesellschaftsunternehmen, das Bewußtsein, nur bis zu einem im Voraus bestimmten Maße verlieren zu können, wie andererseits die Speculation auf Gewinn, endlich die leichte Uebertragbarkeit der Actien zahlreiche Personen, die über die geschäftlichen Grundlagen und die Geschäftsführung des Unternehmens gar kein Urtheil haben, und sich nicht einmal Mühe geben, sich ein Urtheil hierüber zu bilden, die willenlos den Gründern und dem Vorstande folgen, zur Betheiligung an dem Unternehmen reizt. Zudem ist das Forderungsrecht der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ohne ein Ausfallsrecht gegen das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters; mit dem Verluste des Gesellschaftsvermögens verliert auch er die Aussicht auf Befriedigung.

Diese Erwägungen veranlaßten den Gesetzgeber nicht nur zu strengeren Bestimmungen rücksichtlich der Gründung von Actiengesellschaften und der Erhaltung des Grundcapitals, sowie rücksichtlich der Verantwortlichkeit und Schadenersatzpflicht der Gründer und des Vorstandes, welche Bestimmungen als leges cogentes anzusehen sind, die in keiner Weise durch Vertrag oder Beschluß der Gesellschaft abgeändert werden können, und welche das Gesetz durch eine Strafsanction auszeichnet, sondern auch zur Festsetzung der Nothwendigkeit der staatlichen Genehmigung (Art. 208 H. G. B. §. 1 lit. b des Vereinsgesetzes v. 26. Nov. 1852 Nr. 253 R. G. Bl.)[15]) und Controle der Gesellschaft.

---

15) Bereits die Motive zum preußischen Entwurfe betonten die Nothwendigkeit der staatlichen Genehmigung in Verbindung mit der vorausgehenden Prüfung und zwar sowohl um den Gesellschaftsgläubigern in Ermangelung persönlich haftender Gesellschafter die erforderlichen Garantien zu schaffen, als auch um die Solidität des Unternehmens zu verbürgen und bei der Größe des durch Actien aufzubringenden Capitals zu verhüten, daß die Geldmacht solcher Gesellschaften in einer dem allgemeinen Wohlstande und der Landesindustrie nachtheiligen Weise verwendet werde. Gegen die Aufnahme des Erfordernisses der staatlichen Genehmigung in das H. G. B. überreichten die Abgeordneten Hamburgs bei den Nürnberger Conferenzen einen besonderen Vortrag, in welchem auf die in Hamburg ohne staatliche Genehmigung entstandenen Actiengesellschaften hingewiesen und betont wurde, daß ein Bedürfniß hiezu nicht bestehe, indem die Privaten sich selbst vorgesehen hätten, und auch durch die vormundschaftliche Fürsorge des Staates den ärgsten Mißbräuchen nicht vorgebeugt werden konnte. Die Commission ließ sich bei ihrer diesbezüglichen Beschlußfassung von der Erwägung leiten, daß von keinem Staate erwartet werden könne, daß er das nach reifer Erfahrung ihm und seinen Verhältnissen entsprechend gefundene System aufgeben werde, um sich das andere anzueignen. Es wurde daher als Princip die Nothwendigkeit der staatlichen Genehmigung in das Gesetz aufgenommen, aber den Landesgesetzgebungen überlassen, zu bestimmen, ob

(Art. 214.)[16]) Vor erfolgter staatlicher Genehmigung besteht die Gesellschaft als solche nicht, und haften die im Namen der Gesellschaft Handelnden persönlich und solidarisch (s. oben unter VI.; Art. 211). Die Gesuche um Bewilligung der Errichtung einer Actiengesellschaft, welche übrigens mit allen zur Darlegung des Planes der Gesellschaft nöthigen Behelfen, wozu insbesondere auch der Gesellschaftsvertrag (Statuten) gehört, belegt sein müssen, sind bei der politischen Landesstelle desjenigen Kronlandes einzureichen, in welchem die Gesellschaft ihren Sitz haben wird (§§. 7 u. 8 Vereinsges. v. 1852). Die Ertheilung der Genehmigung ist für Creditanstalten, für allgemeine Versorgungs- und Rentenanstalten, für Actiengesellschaften zu Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen, ferner für solche Actienvereine, bei welchen es sich um eine besondere Begünstigung oder um Abweichungen von den allgemeinen Vereinsvorschriften handelt, und endlich für Filialen von den hier genannten Vereinen ist dem Kaiser vorbehalten (§. 2 lit. g. i. m. und §. 4 des cit. Vereinsgesetzes); in allen übrigen Fällen ertheilt das k. k. Ministerium des Innern die Bewilligung nach vorhergepflogenem Einvernehmen mit dem etwa noch in Betracht kommenden Ressortministerium und der obersten Polizeibehörde. Bei sich ergebender Meinungsverschiedenheit ist die ah. Entscheidung einzuholen (§. 4 Ver. Ges.).

§. 68.

B. Entstehung (Gründung) der Actiengesellschaft.[1])

I. Zur Entstehung einer Actiengesellschaft bedarf es eines nach Form und Inhalt rechtsgiltigen Vertrages. Ist der Gesellschaftsvertrag aus formellen oder materiellen Gründen ungiltig, so wird er als nicht geschlossen angesehen. Derselbe kann auch dadurch ungiltig werden, „daß die Willenserklärungen derjenigen Personen, welche die Feststellung bewirkt

---

diese Genehmigung bei der Errichtung von Actiengesellschaften im Allgemeinen oder bei einzelnen Arten derselben entfallen könne (Prot. S. 315, 319, 323), was in Art. 249 Abs. 1 zum Ausdruck gebracht wurde. —

Wie im östr. H. G. B., so ist auch im bosn.-herzeg. H. G. §§. 152 u. 237 die staatliche Genehmigung vorgeschrieben, nicht aber im ung. H. G. und auch nicht in den deutschen Gesetzen von 1870 und 1884. — De lege ferenda vgl. noch Grünhut in s. Ztschr. I. S. 79 ff. u. den mit „T" gezeichneten Aufsatz in Jurist. Bl. Nr. 7 und 8 v. 1876.

16) Eine ähnliche Bestimmung wie jene des Art. 214 findet sich nicht im ung. und bosn.-herzeg. H. G. und auch nicht in den zwei deutschen Novellen.

1) Literatur: Außer den Commentaren ist noch besonders anzuführen: Jolly in Ztschr. f. deutsches Recht XI. S. 343 u. ff.; Thöl, H. R. §§. 128 bis 143; Endemann, H. R. §§. 62—65; Primker in Endemann's Handb. I. §§. 114—118; Cosack, H. R. §. 92; Gareis, Deutsches H. R. §. 31; Dernburg, Preuß. P. R. II. §. 226; Renaud, Das R. der Act. Ges. §§. 20 bis 40; Loewenfeld, Das R. der Act. Ges. S. 82 ff; Laband in Ztschr. f. H. R. VII. S. 620; Witte, ebenda VIII. S. 20 ff.; Sydow, ebenda XIX. S. 427; Wiener, ebenda XXIV. S. 1 ff., 450 ff.; XXV. S. 1 ff.; Hergenhahn in Gruchot's Beitr. XXXVI. S. 611 ff.; Schmidt, Die civilrechtl. Gründerverantwortlichkeit nach deutschem Actienrecht (1888); Sattler, Die Revision bei Gründung von Actiengesellschaften (1893).

haben, wegen mangelnder Handlungsfähigkeit oder wegen sonstiger Mängel der Willenserklärung ungiltig sind. Auch wenn ein solcher Mangel nur bezüglich einzelner dieser Willenserklärungen vorhanden ist, wird dadurch die Giltigkeit der Feststellung beeinträchtigt".[2]) Fähig zum Abschlusse eines Actiengesellschaftsvertrages ist, wer überhaupt durch Verträge sich verpflichten kann (s. auch §. 67).

Der Gesellschaftsvertrag bezw. die Gesellschaftsstatuten müssen, damit deren staatliche Genehmigung erfolgen könne, nach Art. 209 H. G. B.[3]) insbesondere über nachstehende Punkte Bestimmungen enthalten:

1. Firma und Sitz der Gesellschaft. Rücksichtlich der Firma und ihrer Anmeldung kann auf das oben (§. 67, VI.) Gesagte verwiesen werden.[4]) Was den Sitz der Actiengesellschaft anlangt, so ist vorerst hervorzuheben, daß die Actiengesellschaft nur einen Sitz haben kann. Bei inländischen Actiengesellschaften wird als Sitz der Gesellschaft nur der im Gesellschaftsvertrage angeführte Sitz der Gesellschaft anerkannt, von diesem hängt sowohl der allgemeine Gerichtsstand der Gesellschaft als auch insbesondere die Competenz des Handelsregisters ab. Eine Zweigniederlassung begründet kein zweites Domicil.[5])

2. Den Gegenstand des Unternehmens. Dieser kann mannigfach sein, muß aber, damit die Gesellschaft unter die Handelsactiengesellschaften, sohin unter die Normen des H. G. B. falle, in Handelsgeschäften bestehen. (Art. 5.)[6]) Im Uebrigen gelten hier die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über den Vertragsgegenstand. Dieser muß bestimmt, möglich und erlaubt sein.[7])

3. Eventuell die Zeitdauer des Unternehmens, nämlich im Falle dasselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein sollte, wodurch zugleich zugestanden ist, daß die Gründung von Actiengesellschaften auch auf unbestimmte Zeit gestattet ist, wie dies bei Fabriksunternehmungen, Verkehrsinstituten, Banken u. ä. m. die Regel ist. In anderen Fällen bestimmt sich die Zeitdauer durch den Zweck der Gesellschaft, mit dessen Erreichung die Gesellschaft ihre Existenzberechtigung verliert. Die Erreichung des Zweckes wirkt hier gleich einer Resolutivbedingung. Es steht begrifflich und auch de lege lata nichts im Wege, daß nachträglich durch Statutenänderung eine Zeit festgestellt werde, oder eine festgestellte Zeitfrist abgeändert oder beseitigt werde.

4. Die Höhe des Grundcapitals und der einzelnen Actien oder Actienantheile. Ersteres muß in einer Geldsumme in- oder

---

2) Behrend, Lehrb. d. H. R. I. §. 98 Note 4.

3) Deutsches Ges. Art. 209, 209a. — §. 157 ung., §. 162 bosn. H. G.

4) Auch hier dürfte es nicht unzulässig sein, daß die Gesellschaft bei ihrer Entstehung die Firma des Geschäftsvorgängers (Personen- und Einzelfirma) mit einem das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatze fortführe. (Staub, Comm. §. 5 zu Art. 209; Petersen und Pechmann, Suppl. zu Puchelt's Comm. S. 337; A. A. v. Völderndorff, Suppl. z. Comm. S. 382; Ring, Comm. S. 405.)

5) Vgl. R. O. H. G. XVII. S. 315.

6) Anders in Deutschland (Art. 208); vgl. Staub, Comm. §. 7 zu Art. 209.

7) §§. 869 u. ff., §§. 878 u. ff. a. b. G. B.

ausländischer Währung festgesetzt sein. Ueber die Art der Einzahlung ist weiter unten zu sprechen.

5. Ob die Actien auf Inhaber oder auf Namen lauten sollen, eventuell die etwa bestimmte Zahl der einen oder der anderen Art, sowie die etwa zugelassene Umwandlung der Actien der einen Art in Actien der anderen Gattung.[8])

6. Die Grundsätze, nach welchen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen und auszuzahlen ist, sowie die Art und Weise der Prüfung der Bilanz.

7. Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder desselben und der Beamten der Gesellschaft.[9]) Hierüber sowie über die Rechte und Pflichten des Vorstandes wird weiter unten die Rede sein.

Während bei der Commanditgesellschaft auf Actien die Bestellung eines mindestens fünfgliederigen Aufsichtsrathes aus den Commanditisten nach Art. 175 Z. 6 obligatorisch ist, wurde rücksichtlich der Actiengesellschaft im H. G. B. eine diesbezügliche Bestimmung nicht getroffen, indem die Codificationscommission der Ansicht war, daß dies für kleine Actiengesellschaften ein zu schwerfälliger Apparat sei, und daß auch privatrechtlich[10]) nur die Generalversammlung als beschließendes und der Vorstand als vollziehendes Organ zur Begründung einer Actiengesellschaft nothwendig seien, während alle übrigen Organe nur accidentaler Natur seien.[11])

8. Die Form der Berufung der Generalversammlung. In der Regel wird allerdings die Form der Einberufung durch Einschaltung in öffentliche Blätter statutarisch vereinbart, es kann jedoch auch festgestellt werden, daß die Einberufung der Generalversammlung durch Zustellungsurkunden, brieflich (Einschreibebrief) oder durch öffentlichen Anschlag oder Anschlag im Geschäftslocale der Gesellschaft oder auf zwei oder mehrere Arten zugleich erfolgen soll, und zwar letzteres auch so, daß wenn auch zwei Arten der Bekanntmachung (z. B. Inserirung in Zeitungen und briefliche Verständigung) statutarisch vorgeschrieben werden, doch eine derselben (z. B. die Annoncirung) zur Giltigkeit der Einberufung der Generalversammlung genügen soll.

9. Die Bedingungen des Stimmrechtes der Actionäre und die Form, in welcher dasselbe ausgeübt wird. Als Regel gilt, daß, wenn in den Gesellschaftsstatuten (Vertrag) nicht Anderes bestimmt ist, jede

---

8) Anders in Deutschland Art. 209 Z. 4; vgl. hiezu Staub, Comm. §. 9 zu Art. 209.

9) Im deutschen Gesetze nur Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes (Art. 209 Abs. 2 Z. 5), nicht aber die Form der Legitimation der Mitglieder desselben und der Beamten der Gesellschaft; im ung. H. G. (§. 157 Z. 10) und im bosn. (§. 164 Z. 10) nur Art der Wahl des Vorstandes, Wirkungskreis und Zeitdauer der Wirksamkeit.

10) Ueber das öſtr. Vereinsgesetz s. v. Stubenrauch, Oestr. H. R. S. 293 Anm. 1.

11) Protokolle S. 390; dagegen erklärt Art. 209 f. des deutschen Gesetzes den Aufsichtsrath für obligatorisch; ebenso nach ung. H. G. §. 157 Z. 11 u. bosn. H. G. §. 164 Z. 11.

Actie dem Inhaber eine Stimme gewährt. (Art. 224.) Es kann aber auch die Stimme an den Besitz mehrerer Actien gebunden sein, oder auch eine Maximalanzahl von Stimmen für den einzelnen Besitzer mehrerer Actien festgesetzt sein, so daß dieser eventuell weniger Stimmen als Actien haben kann, oder auch das Stimmrecht je nach den Gattungen der Actien (Vorzugs-, Prioritäts- oder Prioritätsstammactien auf einer Seite und die gewöhnlichen Actien andererseits), beschränkt sein, u. a. m. Der Gesellschaftsvertrag hat hienach auch zu bestimmen, ob das Stimmrecht mündlich oder schriftlich, persönlich oder durch Bevollmächtigte ausgeübt werden kann, bezw. auszuüben ist.

10. Die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der zur Generalversammlung erschienenen Actionäre, sondern nur durch eine größere oder eine qualificirte Majorität wie z. B. eventuell bei Beschlüssen über Vermehrung oder Verminderung des Grundcapitals, die Auflösung der Gesellschaft durch Uebereinkunft, Abänderung der Statuten, oder gar nur mit Stimmeneinhelligkeit oder nicht in derjenigen Generalversammlung, in welcher der betreffende Antrag gestellt wurde, sondern erst in der nächsten Beschluß gefaßt werden kann. Hienach kann auch in jenen Fällen, in welchen nach dem Gesetze Stimmeneinheit erforderlich ist, wie bei Aenderung des Gegenstandes des Unternehmens der Gesellschaft, und bei Fusion der Gesellschaft mit einer anderen, d. i. durch Uebertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Actiengesellschaft (Art. 215), im Gesellschaftsvertrage Anderes bestimmt, sohin auch eine einfache Majorität für genügend erklärt werden.

11. Die Form der Bekanntmachungen seitens der Gesellschaft, sowie jene öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind. Hieher gehört insbesondere auch die Frage der Unterzeichnung der Bekanntmachungen, sowie die Frage, von wem diese ausgehen sollen.[12]) Rücksichtlich der Insertion der Bekanntmachungen der Gesellschaft in öffentlichen Blättern kann sich eine Schwierigkeit ergeben, wenn das im Gesellschaftsvertrage bezeichnete Blatt oder eines der angeführten öffentlichen Blätter späterhin eingeht.[13]) Es empfiehlt sich daher, für diesen Fall im Gesellschaftsvertrage vorzusorgen, wie z. B. durch Bestimmung eines amtlichen Blattes[14]) für derlei Publicationen oder dadurch, daß bis zur Entscheidung durch die nächste Generalversammlung der Vorstand zur Wahl eines entsprechenden Blattes ermächtigt wird.

Sind mehrere Blätter für die Publicationen der Gesellschaft in den Statuten bestimmt, so muß „jede von der Gesellschaft ausgehende Bekanntmachung .... in sämmtliche öffentliche Blätter, durch welche die Bekanntmachungen nach dem Gesellschaftsstatut erfolgen sollen, aufgenommen werden. Es ist unzulässig, daß einige in diesen, andere in jenen Blättern geschehen. Wäre das statthaft, so müßte ja jeder Actionär,

12) Vgl. Staub, Comm. §. 12 zu [Art. 209.
13) Prot. S. 329, 1039.
14) Nach deutschem Gesetze Art. 209 gilt der Reichsanzeiger hiefür.

welcher die Bekanntmachungen der Gesellschaft verfolgen will, statt ein Blatt einzusehen, was doch genügen muß, sämmtliche oder sämmtliche minus x", wie Thöl[15]) sagt, einsehen.[16])

Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden. (Art. 208 Abs. 2.)[17])

Wenn der so festgestellte Gesellschaftsvertrag die staatliche Genehmigung[18]) erhalten hat, so muß er nebst der Genehmigungsurkunde bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Actiengesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen und in einem Auszuge publicirt werden, der nachstehende Angaben enthalten muß (Art. 210 Abs. 2)[19]):

1. Das Datum des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde;

2. Firma und Sitz der Gesellschaft;

3. Gegenstand und eventuell Zeitdauer des Unternehmens;

4. die Höhe des Grundcapitals und der einzelnen Actien oder Actienantheile;

5. ob die Actien auf Inhaber oder Namen lauten;

6. die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welchen dieselben zu inseriren sind;

7. eventuell die Form, in welcher der Vorstand seine Willenserklärung kundgibt und für die Gesellschaft zeichnet, wenn diese im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist. (Art. 210 Abs. 3.)

Weitere Nachweisungen sind der Anmeldung nicht beizugeben.[20])

---

15) Praxis des H. R. I. S. 22 u. VIII.

16) Bei Unterlassung der Ankündigung der Generalversammlung in einem der Blätter kann ein Actionär sich darauf berufen, daß ihm die Anberaumung der Generalversammlung unbekannt geblieben sei (R. O. H. G. XVIII. S. 42).

17) Nicht erforderlich nach deutschem H. G. B. in neuer Fassung; und auch nicht nach ung. u. bosn.-herzeg. H. G.

18) Nicht erforderlich nach deutschem Rechte auch nicht nach ung. u. bosn.-herzeg. H. G.

19) Nach deutschem Rechte (Art. 210c) sind sämmtliche Vertragspunkte im Auszuge zu publiciren, und außerdem noch die Namen der Blätter für die Publicationen der Gesellschaft außer dem Reichsanzeiger (Artikel 209 Absatz 3), die zeitliche Beschränkung des Unternehmens (Art. 209a Abs. 1 Z. 1), die sog. Prioritätsrechte, die besonderen Rechte für einzelne Gattungen von Actien (Art. 209a Abs. 1 Z. 4), die Vereinbarungen über die Einlagen (Art. 209b), und endlich noch Name, Stand, Wohnort der Gründer und die Angabe, ob sie die sämmtlichen Actien übernommen haben; und schließlich Name, Stand, Wohnort der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrathes sowie der Revisoren (Art. 210c Abs. 2 Z. 2 u. 3, Art. 209h). Ist im Gesellschaftsvertrag eine Form für die Willenserklärungen und für die Zeichnung des Vorstandes bestimmt, so auch diese (Art. 210c Abs. 3). — Nach ung. (§. 158) und nach bosn. H. G. (§. 163) werden dieselben Vertragsbestimmungen wie nach österreich. Recht publicirt, und außerdem noch die Anzahl und der Nominalwerth der eventuell zu emittirenden Prioritätsactien (ung. §. 158 Z. 5, bosn. §. 163 Z. 5).

20) Anders nach deutschem Recht (Art. 210 neue Fassung), und ung. (§. 159) und bosn. H. G. (§. 164), wo einige Einzelnheiten insbesondere rücksichtlich des Capitals, nach deutschem Recht auch rücksichtlich der Bestellung des Vorstandes

Bestehen Zweigniederlassungen der Gesellschaft, so muß die Anmeldung zur Registrirung bei jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk sich eine Zweigniederlassung befindet, geschehen (Art. 212 Abs. 1), wobei natürlich nachzuweisen ist, daß die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung bereits stattgefunden hat. (Art. 21.) Jedoch hat diese Anmeldung nur jene Angaben zu enthalten, welche aus dem Gesellschaftsvertrage zu publiciren sind. (Art. 212 Abs. 2.)[21])

Zur Befolgung dieser Vorschriften sind die Mitglieder des Vorstandes durch das Handelsgericht von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten. (Art. 212 Abs. 2; §§. 12, 13 Einf. Ges.).[22])

Vor erfolgter Anmeldung besteht die Gesellschaft als solche nicht, und haften die im Namen der Gesellschaft Handelnden persönlich d. i. unbeschränkt und solidarisch. (Art. 211.)[23])

II. Mit der Festsetzung des Gesellschaftsvertrages zugleich erfolgt zumeist die Uebernahme sämmtlicher Actien durch die den Gesellschaftsvertrag abschließenden Contrahenten, welche daher für die Volleinzahlung derselben unliberirbar haften und mit Rücksicht auf diese ihre Function „Gründer" heißen. Dies ist die sog. Simultangründung. Bei dieser sind sämmtliche sog. Erstactionäre (d. h. erste Erwerber von Actien) Gründer.

Es kann aber auch sein, daß die Gründer nicht alle nach dem Gesellschaftsvertrage zu emittirenden Actien selbst zeichnen, sondern noch anderen Personen den Zutritt zur Gesellschaft offen lassen, ja es geradezu „darauf abgesehen haben, daß das Publicum in größerer oder geringerer Ausdehnung an dem Actienunternehmen durch Zeichnung von Actien sich betheiligen soll", sog. Successivgründung.[24])

Endlich unterscheidet man auch noch die sog. qualificirte Gründung, wenn nämlich bei Festsetzung des Gesellschaftsvertrages (Statutes) entweder einzelnen Actionären besondere Vortheile zugesichert werden,

---

und des Aufsichtsrathes und der eventuell erforderlichen Genehmigung des Gegenstandes des Unternehmens geregelt sind. Ueber die Nachweisungen, welche bei Commanditactiengesellschaften auch nach östr. Rechte erforderlich sind, s. unten §. 79.

21) Analog nach deutschem Actienrechte (Art. 212 neuer Fassung); im ung. u. bosn.-herzeg. H. G. fehlt eine solche Bestimmung.

22) Einem gelegentlich der Codificationsberathungen gemachten Antrage, in diesem Falle den zusammengeschossenen Gesellschaftsfond für haftbar zu erklären, wurde mit dem Bemerken entgegengetreten, daß eine solche Bestimmung gegen diejenigen Actionäre unbillig wäre, die ihrerseits die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften vor dem Beginne des Geschäftsbetriebes voraussetzten; und dem weiteren Einwande, daß dem Publicum mit der persönlichen Haftung der Handelnden bei großen Geschäften oft sehr wenig gedient sei, wurde entgegnet, daß man von Jedem, der sich mit den im Namen einer Actiengesellschaft auftretenden Personen in Geschäfte einläßt, verlangen könne, daß er sich vorher durch Einsicht im Handelsregister von der Eintragung und Gründung der Gesellschaft überzeuge. (Prot. S. 1450.) — Die Haftung trifft nur die Handelnden, nicht etwa die Actienzeichner, außer sie hätten eine Vollmacht ausgestellt. (Vgl. Stubenrauch, H. R. §. 120 Nr. 5.)

23) Ebenso deutsches Recht (Art. 211); und ung. (§. 160), bosn. (§. 165).

24) Gareis, H. R. §. 31.

oder wenn Einlagen auf das Grundcapital und zwar nicht in barem Gelde zu leisten sind (sog. Anrechnung von Apports), oder wenn die zu errichtende Gesellschaft bereits vorhandene oder erst herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von einem Actionär oder einem Dritten übernehmen soll oder wenn sie Actionären oder Dritten einen Gründerlohn oder auch nur eine Vergütung von Auslagen leisten soll.[25])

Das H. G. B. enthält keine Bestimmungen über die verschiedenen Arten von Gründungen. Alle Gründungen von Actiengesellschaften stehen daher im Wesentlichen unter gleichen Bestimmungen, in erster Linie des H. G. B., dann des Vereinsgesetzes von 1852 mit Ausnahme von §§. 9 u. 12, und dann des allg. bürgerl. Rechtes. Jedoch kennt das österreichische Recht eine qualificirte Gründung nicht. Bei Aufnahme derartiger Bedingungen in den Gesellschaftsvertrag kann dessen Genehmigung verweigert werden; und derartige, neben den Statuten getroffene, in diese nicht aufgenommene Vereinbarungen sind nach österreichischem Rechte als ungiltig anzusehen.[26])

§. 69.

C. Die Actie.[1])

I. Das Einlage- bezw. Grundcapital der Actiengesellschaft ist, wie bereits oben (§. 67) bemerkt wurde, in eine bestimmte Anzahl gleicher Theile, Actien oder Actienantheile zerlegt. (Art. 207.)[2]) In diesem Sinne ist die Actie in erster Linie ein Theil des in eine bestimmte Anzahl gleich großer Theile zerlegten Gesellschaftsvermögens. In dieser Bedeutung ist das Wort „Actie" in Art. 207 Abs. 2 gebraucht. Diese kleinsten, statutarisch nicht mehr theilbaren Bruchtheile des Gesellschaftsvermögens bezeichnen zugleich die Minimalbeträge, mittels welcher der Einzelne sich an

25) Das deutsche Gesetz (Art. 209 c u. ff.) enthält ausführliche Bestimmungen über die Gründung und die Gründer; von der diesbezüglichen Literatur sind hervorzuheben (außer den Commentaren und Hand- u. Lehrbüchern) noch Schmidt, Civilr. Gründerverantwortlichkeit S. 1 ff.; Wiener, Actiengesetzentwurf S. 12 ff. und in Ztschr. f. H. R. XXI. S. 333 ff., XXIV. S. 1 ff., 50 u. ff., XXV. S. 1 ff. Verhandlungen des deutschen Juristentages XI./2. 72; XIV./1. 88, 99; XIV./2. 152; XVII./1. S. 250; XVII./2. 172, 291.

26) Ueber die Zulassung ausländischer Actiengesellschaften zum Geschäftsbetriebe in Oesterreich enthält die kais. Vdg. v. 29. Nov. 1865 Nr. 127 R. G. Bl. (Manz'sche Gesetz-Sammlung XI./1. bei §. 35 Einf. Ges.) die näheren Bestimmungen. Auf Grundlage dieser Verordnung wurden zugelassen: Actiengesellschaften aus den Niederlanden, Belgien, Rußland, Schweiz, Frankreich, Italien, Griechenland. — Wegen Zulassung ung. Actiengesellschaften vgl. Art. XX. des Zoll- und Handelsbündnisses (Ges. v. 27. Juni 1878 Nr. 62 R. G. Bl., bezw. v. 2. Mai 1887 Nr. 48 R. G. B.) und Ges. v. 27. Juni 1878 Nr. 63 R. G. Bl. (vgl. die in der Manz'schen Slg. a. a. O. mitgetheilten Erläuterungen).

1) Vgl. hiezu insbes. Primker in Endemann's Hdb. I. §§. 126, 127 und Behrend, H. R. I. §. 117. Vgl. auch Pemsel in Ztschr. f. H. R. XXXVI. S. 40 ff.; Keyßner in Busch's Arch. XXXII. S. 99 ff.

2) Vgl. ung. H. G. B. §. 147; bosn. §. 151; und Art. 207 des deutschen Actiengesetzes, das außerdem noch eingehende Bestimmungen über den Mindestbetrag der Actien enthält. (Art. 207 a.)

dem Gesellschaftsvermögen, an Gewinn und Verlust der Gesellschaft betheiligen kann; und auch dieses Recht der Betheiligung des Einzelnen an dem Gesellschaftsvermögen (Antheilsrecht, Actienrecht) wird unter dem Ausdrucke „Actie“ verstanden. So in Art. 207 Abs. 3; die daselbst ausgesprochene Untheilbarkeit der Actien kann sich nämlich nur auf die Untheilbarkeit des Actienrechtes beziehen; denn die Untheilbarkeit der als Einheiten des Gesellschaftsvermögens statutarisch festgesetzten Minimalbetheiligungsbeträge auszusprechen, wäre als selbstverständlich überflüssig gewesen; dies würde übrigens eine Statutenänderung mit staatlicher Genehmigung erfordern. Das Gesetz wollte verhindern, daß die Gesellschaft in die Lage käme, statt je einem Antheilsberechtigten einer Vielheit von Personen als auf einen Minimalantheil Mitberechtigten gegenüberzustehen. Selbst in dem Falle des Erwerbes einer Actie durch mehrere Miterben sind diese gezwungen, das Eigenthum der Actie einem von ihnen allein zuzutheilen. Da die Actie freies Eigenthum ihres Erwerbers wird, so kann dieser nicht nur sein ganzes Actienrecht veräußern, sondern auch Theile davon abgeben, jedoch letzteres nur in der Weise, daß der Gesellschaft gegenüber er allein berechtigt, er allein Mitglied bleibt, und es seine Sache ist, den Dritten als seinen Unterbetheiligten zu befriedigen.[3]) Unter Actie versteht man aber auch die auf Inhaber oder Namen lautende Urkunde, deren Besitzer als solcher mit dem durch die Actie dargestellten Geldbetrage an dem Capital der Actiengesellschaft theilnimmt. Die Actie als Urkunde, sei es als Inhaber- oder Namenpapier ausgestellt, verkörpert gleichsam Recht und Pflicht der Betheiligung und wird als Werthpapier Gegenstand der Verfügung und des Verkehrs.[4]) In diesem Sinne ist das Wort „Actie“ in Art. 207 Abs. 4 gebraucht.

Wenngleich die Actien die Einheiten darstellen, in welche das Actienvermögen getheilt wird, so ermöglicht das Gesetz doch die Betheiligung des Einzelnen an dem Actienvermögen mit noch geringeren Beträgen, indem es gestattet, daß die Actie in eine Anzahl gleicher Theile, z. B. in halbe oder Viertelactien, zerlegt werde. Dies sind die sog. Actienantheile. (Art. 207 Abs. 2.) Auch das Wort Actienantheil wird im Gesetze in dreifachem Sinne gebraucht: als Bruchtheil des Gesellschaftscapitals (Art. 207 Abs. 2), dann als das Antheilsrecht selbst an dem Gesellschaftsvermögen (Art. 207 Abs. 3) und endlich als Urkunde über dieses Antheilsrecht. (Art. 207 Abs. 4.) Diese Actienantheile können selbständig erworben und übertragen werden, aber die Betheiligung des Besitzers eines Actienantheiles an der Gesellschaft ist eine rein pecuniäre, indem er verhältnißmäßig Antheil an Gewinn und Verlust nimmt, aber nicht berechtigt ist, irgendwelche Mitgliedschaftsrechte, wie z. B. das Stimmrecht, auszuüben. Ja, es haben nicht einmal die Besitzer der Antheile einer Actie zusammen das sonst einem Actienbesitzer (Actionär) zustehende Mitgliedschafts- oder Stimmrecht; wohl aber dürfte im Zweifel demjenigen, welcher sämmtliche Antheile derselben Actie in seiner Hand

---

3) Primker a. a. O.

4) Endemann, Hdb. des H. R. §. 61 II.

vereinigt, die Mitgliedschaft (Stimmrecht) ebenso zustehen, wie dem Besitzer einer ganzen Actie.[4a])

II. Es gibt verschiedene Arten von Actien oder Actienantheilen, und zwar 1. je nach dem Inhalte der Actienurkunde und 2. je nach der Zeit ihrer Ausgabe und der mit derselben verbundenen Berechtigung. 1. In ersterer Beziehung werden die Actien oder Actienantheile in solche, welche auf den Inhaber, und solche, welche auf den Namen lauten, eingetheilt. Ob das Eine oder das Andere der Fall ist, muß in dem Gesellschaftsvertrage (Art. 209 Z. 5)[5]), sowie auch in dem vom Handelsgerichte veröffentlichten Auszuge dieses Vertrages (Art. 210 Z. 5)[6]) enthalten sein, und ist auch aus dem Inhalte der Actienurkunde leicht zu erkennen. Nach dem Handelsgesetzbuche müssen die Actien einer und derselben Actiengesellschaft nicht alle Inhaber- oder alle Namenpapiere sein, sondern sie können auch zum Theile Inhaber- und zum Theile Namenpapiere sein, oder es können auch Actien der einen Art in solche der anderen Art umgewandelt werden. Jedoch muß der Gesellschaftsvertrag, wenn beide Actienarten nebeneinander bestehen, die Anzahl der Actien der einen und der anderen Art feststellen, sowie auch die Umwandlung der Actien einer Art in solche der anderen Art nur zuläßig ist, wenn sie in den Statuten ausdrücklich als zuläßig erklärt wird (Art. 209 Z. 5).[7]) Es kann aber auch statutarisch festgesetzt werden, daß je nach der Wahl des einzelnen zeichnenden Actionärs die von ihm gezeichnete Actie auf Namen oder auf Inhaber ausgestellt werde.[8])

a) Wenn die Actien oder Actienantheile auf Inhaber gestellt werden, so darf nach Art. 222 H. G. B. die Ausgabe derselben vor Einzahlung des ganzen Betrages, auf den sie lauten (sog. Nominalbetrag), nicht erfolgen.[9]) Hier zeigt sich die Bedeutung der Actie oder des Actienantheilscheines als Urkunde, und zwar als Quittung; und es ist nur wohlbegründet, diese Quittung über eine bestimmte einzuzahlende Geldsumme nicht eher auszustellen, als bis die ganze in der Urkunde bezeichnete Summe bezahlt, und somit wirklich das mit der ganzen Summe statutenmäßig erkaufte Recht erworben ist.[10]) Ferner dürfen, falls nicht im Gesellschaftsvertrag Anderes bestimmt ist, nach ausdrücklicher gesetz-

---

4a) v. Hahn, Comm. I. §. 6 zu Art. 224 Note 6.

5) Ebenso deutsches Actiengesetz Art. 209 Abs. 2 Z. 4 (neue Fassung); ung. H. G. §. 157 Z. 4, bosn. §. 162 Z. 4.

6) Ebenso nach deutschem Actienrechte (Art. 210 c) und ung. H. G. §. 158 Z. 6, bosn. §. 163 Z. 6.

7) Nicht nach deutschem Recht, und auch nicht nach ung. u. bosn. H. G.

8) v. Hahn, Comm. I. §. 3 zu Art. 223.

9) Deutsches Actienges. Art. 215 c, bosn. H. G. §. 170; in beiden Gesetzen bezieht sich diese beschränkende Bestimmung nicht nur auf Inhaber-, sondern auch auf Namenactien. Eine gleiche Bestimmung fehlt im ung. H. G. — In den beiden letztgenannten Gesetzbüchern findet sich noch die Bestimmung, daß bei vor ihrer vollen Einzahlung emittirten Actien oder Actienantheilen der eingezahlte Betrag auf denselben anzugeben ist und daß diese nur auf Namen lauten dürfen. — Noch nicht emittirte Actien können nicht Gegenstand eines Vertrages sein. (Entsch. Adler-Clemens IV. [Nr. 529.)

10) Protokolle S. 339.

licher Bestimmung Anweisungen auf künftig auszugebende Actien (sog. Promessen) oder Bestätigungen über empfangene Theilzahlungen (sog. Interimsscheine) nicht auf den Inhaber, sondern nur auf Namen gestellt werden. Endlich ist nach Art. 222 Z. 2 der Zeichner einer Actie verpflichtet, sofort 40 Procent des Nominalbetrages der Actie einzuzahlen, von welcher Verpflichtung er weder durch Gesellschaftsbeschluß, noch auf Grund einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, noch durch Uebertragung seines Anrechtes auf einen Dritten befreit werden kann.[11]) Jedoch kann durch ausdrückliche Bestimmung des Gesellschaftsvertrages der Actienzeichner nach erfolgter Einzahlung von 40 Procent des Nominalbetrages von der Haftung für weitere Einzahlungen befreit werden, und es können in diesem Falle auf den Inhaber lautende Promessen und Interimsscheine ausgestellt werden. (Art. 222 Z. 3.) Es ist jedoch der zur Ertheilung der staatlichen Genehmigung der Actiengesellschaften berufenen Behörde vorbehalten, mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Geschäftsbetriebes von Fall zu Fall die Höhe des Einzahlungsbetrages von 40 auf 25 Procent des Nominalbetrages herabzusetzen. (§. 35 östr. Einf. Ges. z. H. G. B.)

Die Uebertragung der auf Inhaber lautenden Actien, Promessen und Interimsscheine geschieht durch bloße Uebergabe von Hand zu Hand, ihr bloßer Besitz dient als Beweis der geschehenen Abtretung, des Erwerbes derselben. (§. 1393 a. b. G. B.)

b) Die auf Namen gestellten Actien können auf den Namen einer physischen oder juristischen Person, einer Gesellschaft oder eines Vereines, einer Stiftung oder einer Genossenschaft, auf die Firma eines Geschäftes, sei es eines Einzelkaufmannes oder einer Gesellschaft lauten. Sie müssen mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Stand und Wohnort, bezw. der sie innehabenden Firma und ihres Sitzes in das von der Actiengesellschaft zu führende Actienbuch eingetragen werden. (Art. 223, 182.)[12]) Auch die Namenactien können, wenn nicht im Gesellschaftsvertrage Anderes bestimmt ist, ohne daß es der Einwilligung der übrigen Gesellschafter bedürfte, auf andere Personen übertragen werden. (Art. 223, 182 Abs. 3; Prot. S. 1121.) Diese Uebertragung kann durch Cession (§§. 1392 und 1393 a. b. G. B.) und durch Indossament geschehen. Erstere ist eine civilrechtliche Form der Uebertragung von Rechten, es gelten daher für sie die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, letzteres aber ist eine ganz eigene dem Wechselrechte entnommene Art der Uebertragung von Handels- und Werthpapieren. Seinem juristischen Wesen nach ist das Indossament (auch Giro genannt) die formelle Erklärung des aus dem Werth- oder Handelspapiere Berechtigten, die sich aus diesem Papier ergebenden Gläubiger-(Forderungs-)rechte an einen anderen Gläubiger übertragen zu wollen, und zugleich Anweisung des

11) Nach deutschem Recht ein Viertel und bei Emissionen über den Nominalbetrag auch der Mehrbetrag (Art. 210 Abs. 3); nach ung. und bosn. H. G. 10 Procent (§. 151 ung., §. 156 bosn. H. G.).

12) Deutsches Ges. Art. 220, 182, 183; ung. §. 173, bosn. §. 179.

Schuldners, diesem neuen Gläubiger oder der von diesem weiter bestimmten Person zu zahlen, endlich Legitimation für den neuen Gläubiger und Erwerber des Papieres. Aber das Indossament allein bewirkt noch nicht den Wechsel in der Gläubigerschaft, hierzu bedarf es noch der thatsächlichen Uebergabe des Papieres selbst, dessen Besitzer sich durch das Indossament, bezw. durch die ununterbrochene und ordnungsmäßige Reihe der Indossamente legitimirt.[13])

Die Uebertragung des Eigenthums an einer Namenactie an einen Anderen ist unter Vorlage der Actie und unter Nachweis des Eigenthumserwerbes, bezw. unter Legitimation durch das Indossament bei der Gesellschaft anzumelden und im Actienbuche anzumerken. Der Gesellschaft gegenüber, welche zur Prüfung des Eigenthumsnachweises bezw. der Legitimation berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, gilt Derjenige als Eigenthümer einer Actie, welcher als solcher im Actienbuche verzeichnet ist. (Art. 223 Abs. 1, und 183.)

Auch bei Namenactien wird der Actionär, solange der Betrag der Actie nicht vollständig eingezahlt ist, durch Uebertragung seines Anrechtes auf einen Anderen von der Verbindlichkeit der Zahlung des etwa noch rückständigen Betrages noch nicht befreit. Hiezu ist noch nothwendig, daß die Gesellschaft den neuen Erwerber an Stelle des bisherigen Actionärs annehme und letzteren seiner Verbindlichkeiten enthebe. Doch auch dann bleibt der austretende Actionär für alle bis zum Zeitpunkte seines Austrittes seitens der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten noch ein Jahr, vom Tage seines Austrittes an gerechnet, bis zur Höhe seines Rückstandes subsidiarisch haftungspflichtig (Art. 223, Abs. 2 u. 3).[14]) Von letzterer Haftung kann ihn auch die Gesellschaft nicht befreien, weil hiedurch die Gläubiger leicht benachtheiligt werden könnten, wenn etwa in fraudulöser Absicht statt der ursprünglichen zahlungsfähigen Actienbesitzer unbemittelte Personen zu Schuldnern des noch rückständigen Actienbetrages angenommen würden.[15])

Auch auf Namenactien können Promessen oder Interimsscheine ausgestellt werden, die aber nur auf Namen lauten dürfen, und rücksichtlich deren Uebertragung an einen Anderen durch Cession oder Indossament[16]) das hier rücksichtlich der Namenactien Gesagte Giltigkeit hat.

2. Je nach der Zeit ihrer Ausgabe werden die Actien unterschieden in Stammactien, d. i. Actien erster Emission im Gegensatze zu den Actien späterer Emission. Erstere werden sofort bei Gründung der Gesellschaft ausgegeben, sie stellen das ursprüngliche Grundcapital der Gesellschaft dar. Letztere setzen eine nachträgliche Erhöhung des Grundcapitals voraus.

3. Sowohl die Stammactien als die Actien späterer Emission können mit besonderen Vorrechten ausgezeichnet werden. So wird insbesondere

---

13) Grünhut, Die Lehre von der Wechselbegebung nach Verfall S. 14.

14) Siehe Note 12.

15) v. Stubenrauch, H. R. §. 111 Nr. 6.

16) Prot. S. 340.

den Stammactien bisweilen das Vorrecht des Erwerbes von Actien späterer Emission eingeräumt, sowie umgekehrt auch Actien späterer Emission in mannigfacher Weise begünstigt werden, um das Publikum zu deren Erwerbe anzuregen, wie z. B. rücksichtlich der Gewinnvertheilung, durch Aussicht auf eine Superdividende, durch Befriedigung vor den Stammactien u. a. m. Die so bevorrechteten, privilegirten Actien werden im Gegensatze zu den einfachen, durch keine Vorrechte ausgezeichneten Actien Prioritätsactien (Begünstigungsactien), und wenn sie die Stammactien sind, Prioritäts-Stammactien genannt.[16a])

III. Um Fälschungen vorzubeugen, werden sämmtliche Actien in ein Buch (Stammregister, Juxtabuch[17])) genannt) gebunden, aus welchem sie bei ihrer Ausgabe derart herausgeschnitten werden, daß das eine Ende derselben (Stammende, auch Talon[17a])), französ. souche genannt) im Buche zurückbleibt. Die Prüfung der Echtheit der Actie erfolgt durch Vergleichen derselben mit der Schnittfläche des im Buche zurückgebliebenen Stumpfes.

IV. Die Form, in welcher der erste Erwerb der Actien durch die Actionäre vor sich geht, ist, sofern nicht die Gründer selbst sogleich bei der Gründung alle Actien übernehmen, die Actienzeichnung, d. i. die schriftliche[18]) Erklärung des Zeichnenden, sich an der zu errichtenden Actiengesellschaft zu betheiligen. Indem das Gesetz eine solche schriftliche Erklärung als genügend bezeichnet (Art. 208 Abs. 3)[19]), schließt es nicht etwa aus, daß die Zeichnung in einem gerichtlichen oder notariellen Acte erfolgen könne, sondern verlangt nur als minimalstes Formerforderniß die Schriftlichkeit der Erklärung des Beitrittes zur Gesellschaft. Die Actienzeichnung kann mit Rechtskraft nur nach Festsetzung des Vertrages erfolgen, widrigenfalls sie bedeutungslos wäre und nicht einmal durch ein späteres regelrechtes, vom Actionär mündlich anerkanntes Statut convalesciren könnte.[20])

Der Actienzeichnung selbst geht die Aufforderung, Einladung hiezu voraus.[21]) Diese kann an bestimmte Personen[22]), oder an personae incertae,

16a) Vgl. Ladenburg in Ztschr. f. H. R. VI. S. 246 ff.; v. Strombeck in Busch's Arch. XXXIII. S. 1 ff. Nach Art. 215a Abs. 4 des gegenwärt. deutschen Act. G. ist eine vor der Kapitalserhöhung gegebene Zusicherung von Rechten auf den Bezug neuer Actien der Gesellschaft gegenüber unwirksam. (Vgl. hiezu Rießer in Ztschr. f. H. R. XXXVIII. S. 114 ff.)

17) Juxtabuch, vom lat. iuxta, weil die aus dem Buche herausgeschnittenen Actien, neben die Schnittfläche des zurückgebliebenen Theiles gelegt, genau an diese anpassen müssen.

17a) Ueber eine andere Bedeutung von „Talon“ s. unten §. 70 II. b.

18) Entsch. bei Adler-Clemens IV. Nr. 777, V. Nr. 802.

19) Deutsches Ges. Art. 209e Abs. 1; vgl. ung. H. G. §§. 150, 151; bosn. §§. 155, 156.

20) v. Hahn, Comm. I. §. 14 zu Art. 208.

21) Vgl. zum Folgenden insbesondere Behrend, H. R. I. §. 105; Primker a. a. O. S. 539 ff.; Renaud a. a. O. §. 22; Laband in Ztschr. f. H. R. VII. S. 620 ff.; Witte ebenda VIII. S. 20 ff. und die oben Note 1 cit. Abhandlungen Wiener's in Ztschr. f. H. R. und auch v. Benoni in Allg. Oestr. G. Z. Nr. 2 ff. v. 1870.

22) Renaud a. a. O. S. 229.

sei es an bestimmte Personenclassen, wie z. B. an die Bewohner einer bestimmten Stadt oder eines Districtes, an die Staatsangehörigen, oder an die Actionäre einer bereits bestehenden Actiengesellschaft gerichtet werden.[23]) Es empfiehlt sich, daß mit der Einladung zugleich ein Prospect des Unternehmens verbunden ist. Diese Einladung oder Aufforderung zur Zeichnung geht entweder von den Gründern selbst oder von deren Beauftragten (sog. Zeichenstellen), die im Auftrage der Gründer die Zeichnungen sowie auch die auf dieselben zu leistenden Einzahlungen entgegennehmen und rücksichtlich dieser ihrer Geschäfte als Stellvertreter der Gründer fungiren, oder von dritten Personen, den sog. Emissionshäusern[24]) aus, welche dem Publicum als Vermittler gegenübertreten.

Die in der Zeichnung enthaltene obenerwähnte Willenserklärung des Zeichnenden ist eine doppelte. Einmal richtet sich dieselbe an die Gründer und zweitens an die entstehende juristische Person. Den Gründern gegenüber ist sie entweder die Annahme der in der Einladung zur Zeichnung liegenden Vertragsofferte, oder sie ist eine den Zeichner allein einseitig bindende Offerte, welche erst durch Annahme seiner Betheiligungserklärung durch die Gründer zum Vertrage wird. Die Gebundenheit des Zeichners erlischt jedoch, wenn in dem festgesetzten Zeitpunkte die Gesellschaft nicht entsteht. Der Gesellschaft gegenüber hat der Zeichner die bereits erwähnte Pflicht zur Einzahlung des noch ausständigen Betrages.

Unter den Subscribenten entsteht durch die Actienzeichnung kein Rechtsverhältniß.

§. 70.

D. Rechtsstellung der Actionäre innerhalb der Gesellschaft.

I. Wer eine Actie oder einen Actienantheil erwirbt, wird hiedurch Actionär, Mittheilnehmer, Mitglied der Gesellschaft. Diese Stellung gewährt dem Actionär einerseits Rechte und Vortheile, legt ihm aber andererseits auch Pflichten auf.

II. Das in der oben (§. 69) dargestellten Weise zu erwerbende bezw. übertragbare Actienrecht hat einen dreifachen Inhalt[1]): Einflußnahme auf die Gesellschaftsangelegenheiten, Geschäftsgewinnantheil und nach Auflösung der Gesellschaft ein dem Antheile entsprechendes Anrecht am Vermögen der Gesellschaft. Die Betheiligung an den Gesellschaftsgeschäften und die Einflußnahme auf dieselben geschieht in der Regel im Wege der Generalversammlung, jedoch in gewissen Fällen auch unmittelbar ohne Generalversammlung oder selbst gegen deren Beschlüsse. In ersterem Falle handelt es sich um die sog. Mitgliedschaftsrechte, oder wie das Gesetz sich ausdrückt, um jene „Rechte, welche den Actionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz und die Be-

---

23) Goldschmidt, Lucca-Pistoja-Actienstreit, Beil. S. LXVII u. LXX.

24) Behrend, H. R. I. §. 105, insbes. Note 5 u. 6; Cohn in Endemann's Hdb. III. S. 866.

1) Vgl. Behrend, H. R. I. §. 118.

stimmung der Gewinnvertheilung zustehen" (Art. 224).[2]) Diese werden nach ausdrücklicher Bestimmung eben dieser Gesetzesstelle von der Gesammtheit der Actionäre in der Generalversammlung ausgeübt. Bei ihrer Ausübung unterwirft sich der einzelne Actionär dem Willen der Gesammtheit der Actionäre, mit welchen gemeinsam er diese Rechte ausübt. Schon ihrer Natur und ihrer Berufung nach hat die Generalversammlung die Interessen der Gesellschaft zu wahren (Art. 237 Abs. 1)[3]), daher können in derselben auch nur jene Rechte ausgeübt werden, welche die Gesammtheit der Actionäre, die Gesellschaft selbst betreffen[4]), welchen Charakter auch die oben angeführten in Art. 224 H. G. B. citirten Rechte haben, sowie auch andererseits eben diese Rechte nicht durch den einzelnen Actionär für sich allein[5]), sondern nur durch die Gesammtheit der Gesellschaft, durch das hiezu gesetzlich berufene Organ derselben, die Generalversammlung ausgeübt werden können.

Dieser Unterwerfung des einzelnen Actionärs unter den Willen der Gesammtheit zieht nun das Gesetz eine Grenze, indem es eine Reihe von Einzelrechten (Individualrechten, Sonderrechten)[6]) des Actionärs statuirt, welche von dem einzelnen Actionär „unabhängig von dem Willen der übrigen Actionäre ausgeübt werden und daher dem Actionär auch nicht durch Beschluß der Generalversammlung entzogen werden können".[7]) Hieher gehören alle den Actionären zustehenden Rechte, soweit sie nicht ausdrücklich der Generalversammlung vorbehalten sind, so insbesondere:

---

2) Deutsches Ges. Art. 221; ung. H. G. §. 176, bosn. §. 181.

3) Deutsches Ges. Art. 236.

4) Ueber die Competenz der Generalversammlung s. unten §. 73.

5) R. O. H. G. XI. S. 121. Vgl. Renaud in Ztschr. f. H. R. XII. S. 1 ff.

6) Eine besondere Bedeutung genießen die Individualrechte der Actionäre im deutschen Actiengesetze, wo sie eine viel weiter gehende Behandlung und Ausbildung gefunden haben. Jedoch sind die Bezeichnungen für die einzelnen hieher gehörigen Gruppen von Rechten noch nicht feststehend, und werden insbes. auch die Minderheitsrechte, die nicht den einzelnen Actionär, sondern das gesammte Interesse der Gesellschaft gegen den Mehrheitswillen schützen sollen, hieher gezählt. Wesen und Structur dieser Minderheitsrechte ist nicht einheitlich; theils sind es nur Widerspruchsrechte (Art. 213d), theils aber verleihen sie der Minderheit eine positive Macht, ein in entsprechender Weise gestelltes Verlangen durchzusetzen (Art. 223), freilich unter gewisser Verantwortlichkeit für den hiedurch eingetretenen Schaden. Die übrigen Einzelrechte sind theils Mitverwaltungsrechte, theils aus der Mitgliedschaft entspringende Forderungsrechte (z. B. Dividende) oder Schutzrechte (z. B. Nichterhöhung der Beitragspflicht), theils Sonderrechte im engeren Sinne (Separatrechte) einzelner Actionäre (z. B. der Gründer; Art. 209b, 210—215a; oder der Prioritätsactionäre). — Vgl. hierüber insbes. Goldschmidt, System des H. R. §. 59; Primker, a. a. O. §. 121; Renaud in Busch's Arch. f. H. u. W. R. XLV. S. 298 ff.; Lubszynski, Welche Rechte hat die Minderheit der Actionäre gegenüber der Gesellschaft; Alexander, Die Sonderrechte der Actionäre; Hallier, Die Sonderrechte der Actionäre (Diss.) Göttingen; Neukamp in Ztschr. f. H. R. XXXVIII, S. 42 ff. und die Comm. z. Act. Ges. von Ring, Petersen-Pechmann (als Supplement zu Puchelt's Comm.) und v. Völderndorff als Suppl. z. Comm. von Anschütz und v. Völderndorff. Vgl. auch Glünicke, Die Klagen der einzelnen Actionäre gegen Vorstand und Aufsichtsrath. (Diss.) Berlin, 1884.

7) Allgem. Begründung z. deutschen Act. Ges. §. 13, Bg. B. S. 154 f.

a) das Antheilsrecht am Gesellschaftsvermögen (Art. 216)[8]), b) das Recht auf einen Antheil am Jahresgewinn (Art. 216), c) das Recht auf Zinsen für den im Gesellschaftsvertrage angegebenen Zeitraum der Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes (Art. 217 Abs. 2)[9]).

a) Das erste der hier erwähnten Sonderrechte wird erst bei Auflösung der Gesellschaft von Bedeutung, denn so lange die Gesellschaft besteht, kann der Actionär den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern, sondern hat nur den unter b) erwähnten Gewinnanspruch (Art. 216).

b) Das wichtigste Recht des Actionärs während des Bestandes der Gesellschaft ist sein Anspruch auf die Dividende[9a]), d. i. „auf den reinen Gewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Vertheilung unter die Actionäre bestimmt ist" (Art. 216). Hierunter ist der Ueberschuß zu verstehen, welcher sich nach der jährlichen Bilanz über das Actiencapital[10]), und wenn statutarisch ein Reservefond festgesetzt ist, nach Abzug auch noch dieses Betrages ergibt (Art. 217 Abs. 1). Der von diesem Gewinne auf die einzelnen Actien entfallende Theil wird Dividende genannt. Zur Behebung dieser Dividenden dienen die Dividendencoupons, auch einfach Coupons genannt. Diese dienen als Legitimation des zum Bezuge der Dividenden Berechtigten, ohne daß es eines Vorweises der Actie selbst bedarf; ja der Vorweis der Actie allein ohne Dividendencoupons (— im Börsenverkehre heißt die Actie ohne Coupons „Mantel" —) würde nicht genügen, um die Auszahlung der Dividende zu erlangen. Die Dividendencoupons werden in der Regel auf Inhaber ausgestellt, auch dann, wenn die Actien auf Namen lauten, und werden den Actien für eine Anzahl von Jahren beigegeben. Zumeist besteht der die Dividendencoupons enthaltende sog. Dividendenbogen aus einer Reihe trennbarer Coupons und dem Talon (Erneuerungsschein für die Coupons).[10a]) Ist die an dem Talon befindliche Reihe von Coupons erschöpft, so wird dem Inhaber des Talons gegen dessen Vorweis ein neuer Dividendenbogen ausgefolgt; doch kann auch dem letzten Coupon die Function eines Erneuerungsscheines gegeben sein (sog. Stichcoupon). Auch der Talon erscheint sohin als Legitimationsmittel für den Präſtanten desselben und ist gleich dem Coupon seinem Wesen nach Inhaberpapier.[11]) Der Actionär kann über die Dividendencoupons und auch über den Dividendenbogen verfügen, ohne zugleich über die Actie selbst verfügen zu müssen, und die Actiengesellschaft ist verpflichtet, dem Inhaber des Coupons die Dividende auszuzahlen, ja Letzterer kann diesfalls gegen die Gesellschaft klagend auftreten. Aber das Recht aus dem Dividendencoupon, der hiedurch zum Werthpapiere wird, ist kein für

8) Ebenso deutsches Ges. Art. 216; ung. H. G. §. 163, bosn. §. 169.

9) Ebenso deutsches Ges. Art. 217 Abs. 2; ung. H. G. §. 165, bosn. §. 171.

9a) Vgl. Grünhut in s. Ztschr. I. S. 374 ff.; Aronius in Ztschr. f. H. R. XL. S. 123 ff.

10) v. Hahn, Comm. I. §§. 4 u. 5 zu Art. 217.

10a) Ueber eine andere Bedeutung von Talon s. oben §. 69, III.

11) Anders R. G. IV. S. 141; vgl. R. O. H. G. XVII. S. 31 ff.

sich selbständig entstandenes Recht, sondern es dankt seinen Ursprung der Actie, das Recht aus dem Dividendencoupon kann daher nur dann ausgeübt werden, wenn das Recht aus der Actie besteht. Das Recht auf die Dividende ist ein Ausfluß des Actienrechtes, ein einheitliches, terminweise zur Auszahlung gelangendes Recht des Actionärs, das dieser ganz oder theilweise, d. i. für einzelne Termine veräußern kann. Ebendeshalb ist auch der Inhaber des Dividendencoupons nur berechtigt, die festgesetzte Dividende zu beheben, auf welche sein Coupon lautet, nicht aber kann er die unterbliebene Feststellung der Dividende verlangen, noch das Ausmaß derselben anfechten, noch an ihrer Feststellung mitwirken; denn er ist eben nicht Subject des Rechtes auf die Dividende, sondern hat nur eine Forderung aus dem Dividendencoupon, die aber nur dann existent wird, wenn thatsächlich eine Dividende festgestellt ist und das Actienrecht selbst besteht. Mit dem Erlöschen des Actienrechtes (Amortisation) erlischt auch das Recht auf Einlösung der Coupons, woran auch der Umstand nichts ändert, daß die Coupons von den Actien getrennt in Circulation gesetzt werden, jedoch mit der Beschränkung, daß die Amortisirungsfrist nicht früher beginnen kann, als mit dem Tage der Fälligkeit des letzten hinausgegebenen Coupons (§. 3 Ges. v. 2. Juli 1868 Nr. 88 R. G. Bl.). Dieser innerlich bestehende Zusammenhang zwischen Actie und Dividendencoupon zeigt sich äußerlich auch darin, daß der Dividendencoupon stets Buchstabe (litera) und Nummer der Actie trägt; doch ist andererseits der Verpflichtungsgrund in dem Coupon ausgesprochen, sowie in demselben auch die Modalitäten der Erfüllung, wie Zeit, Ort, Währung der Veräußerung bezw. Leistung angegeben sind.

Aus dem oben dargestellten Begriffe der Dividende ergibt sich zugleich die Art ihrer Festsetzung. Nach Art. 209 Z. 6 muß der Gesellschaftsvertrag die Grundsätze festsetzen, nach welchen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen und auszuzahlen ist. Es kann daher im Gesellschaftsvertrage ein bestimmter Procentsatz festgesetzt sein, der von dem nach Abschluß der Jahresbilanz sich ergebenden Jahresgewinne zu bestimmten Terminen, z. B. Februar oder November an den Couponbesitzer auszuzahlen ist; oder es kann aber auch der Generalversammlung überlassen sein zu bestimmen, wie viel des Reingewinnes als Dividende zu vertheilen ist, woraus sich dann ebenfalls die auf eine Actie fallende Quote berechnen läßt. Es ist jedoch nicht gestattet, daß die Gesellschaft während des Geschäftsjahres eine Zahlung à conto der Dividende an die Actionäre leiste, da es ja doch nicht gewiß ist, ob nicht der seitens der Gesellschaft im abgelaufenen Theile des Geschäftsjahres bereits erworbene, bezw. hieraus für das ganze Jahr approximativ berechnete oder erhoffte Gewinn bis zum Schlusse des Geschäftsjahres wieder verloren gehe.[12]) Hievon ist aber die sog. Superdividende zu unterscheiden. Es wird nämlich bei langjährigen größeren Actiengesellschaften auf Grund einer vorerst nur übersichtlich, nicht detaillirt entworfenen Bilanz vor-

12) Vgl. Prot. S. 1043.

läufig ein Theilbetrag der Dividende ausbezahlt, indem es zur Festsetzung der eigentlichen Höhe der Dividende noch längerer Zeit bedarf. Erst nach endgiltiger Feststellung der Bilanz und des Reingewinnes erfolgt die Auszahlung des restlichen Theiles der Dividende (sog. Superdividende). Hier liegt keine Abschlagzahlung auf die zu erhoffende Dividende des laufenden Jahres, sondern eine Abschlags- oder Theilzahlung auf die Dividende des verflossenen Jahres vor, die approximativ bereits feststeht. Es ist selbstverständlich, daß die erste Theilzahlung auf diese Dividende geringer bemessen wird, als der aus der nicht detaillirten Bilanz sich etwa als Quote ergebende Betrag, oder nicht in dem vollen Procentsatz ausbezahlt wird, als vertragsmäßig oder durch die Generalversammlung bestimmt ist, damit nicht das Grundcapital angegriffen wird.

Da nun die Dividende aus dem Reingewinne d. i. aus dem auf Grund der jährlichen Bilanz sich ergebenden Ueberschuß der gesammten Activa der Gesellschaft nach Abzug der Passiva und des eventuell vorgeschriebenen Reservefonds über das Activen- oder Grundcapital der Gesellschaft bemessen wird, die Activen der Gesellschaft aber nicht nur in Bargeld, sondern auch in anderen Vermögensgegenständen bestehen, und sohin bei Abschätzung der Activen infolge des wechselnden und ungewissen Werthes einzelner Vermögensbestandtheile ein Irrthum nicht ausgeschlossen ist, so kann durch die Vertheilung des auf diese Art irrthümlich berechneten Reingewinnes leicht das Grundcapital angegriffen werden. Eine auf Grund einer solchen Bilanz irrig festgestellte Dividende, die eigentlich, insoweit sie zu hoch bemessen ist oder überhaupt nicht ausbezahlt werden sollte, kein Gewinnantheil mehr ist, wird als fingirte Dividende bezeichnet im Gegensatze zur rechtmäßigen, sog. reellen Dividende. Nach ausdrücklicher, gesetzlicher Vorschrift ist der Actionär, und durch ihn die den Coupon behebende Person, in keinem Falle verpflichtet, eine im guten Glauben empfangene Dividende zurückzuzahlen.[13]) (Art. 218.)[14]) Dasselbe gilt auch dann, wenn die oben besprochene erste Theilzahlung auf die Dividende des verflossenen Jahres bereits zu hoch bemessen worden wäre, ein Fall, der sich übrigens kaum ereignen dürfte. Als Zeitpunkt, auf welchen hin die Frage, ob die Dividende zu hoch bemessen ist, zu entscheiden ist, gilt der Zeitpunkt der Feststellung der Dividende, der für alle Actionäre gleich, unwandelbar und leicht zu constatiren ist, nicht aber der Zeitpunkt der Auszahlung der Dividende, der für die einzelnen Actionäre je nach ihrem Belieben ein verschiedener, späterhin zumeist nicht mehr constatirbarer ist.

---

13) Der von der Generalversammlung der Actionäre gefaßte Beschluß auf Vertheilung einer Dividende kann nach der Fälligkeit der Coupons wegen nachträglicher ungünstiger Gestaltung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft nicht widerrufen werden. (Entsch. Adler-Clemens IV. Nr. 586.) Das Recht des Actionärs auf die Dividende ist ein obligatorisches, und zugleich mit seiner Entstehung mit der statutenmäßigen Festsetzung der Dividende sind auch alle Modalitäten der Dividendenzahlung (Ort, Zeit, Währung) unantastbar geworden. (Entsch. R. G. XXII. S. 113 ff.)

14) Ebenso deutsches Ges. (Art. 218); ung. H. G. §. 167, bosn. §. 173.

Tritt zwischen dem Tage der Festsetzung der Höhe der Dividende und jenem der Behebung derselben ein Verlust der Gesellschaft ein, so muß dem Actionär bezw. dem Couponbesitzer doch die volle Dividende, die ja als reelle Dividende festgesetzt war, ausbezahlt werden; natürlich unter der Voraussetzung, daß trotz des eingetretenen Verlustes die Gläubiger der Gesellschaft voll befriedigt werden können; denn im letzteren Falle dürften weder Dividenden bezahlt noch andere Forderungen befriedigt werden, sondern es wäre über das Vermögen der Gesellschaft der Concurs zu verhängen. Die einmal durch das Statut und die demselben entsprechende Berechnung, sowie die durch eine Generalversammlung festgesetzte Höhe der Dividende können nicht mehr umgestoßen werden. Erstere ist ja von vornherein rücksichtlich ihres Ausmaßes bestimmt, und es bedarf zu deren Festsetzung nur einer Rechnung, in letzterem Falle aber, wo eine Generalversammlung den Betrag der Dividende Jahr für Jahr festsetzt, ist es nicht etwa das Recht auf die Dividende, welches die Generalversammlung festsetzt, denn dieses Recht auf Vertheilung des Reingewinns steht dem Actionär kraft Gesetzes zu, sondern es wird seitens der Generalversammlung nur die Höhe der jeweiligen Dividendenforderung festgesetzt, wodurch die bis dahin bestehende Unbestimmtheit der Höhe der Leistung wegfällt. Art. 224 H. G. B. räumt der Generalversammlung nicht das Recht ein, über die Frage, ob ein Recht auf Gewinnvertheilung besteht, zu entscheiden, sondern nur „die Bestimmung der Gewinnvertheilung" d. h. die Festsetzung der Höhe der Dividende. Durch den Beschluß der Generalversammlung wird das Recht des Actionärs auf die Dividende nicht begründet, sondern nur festgesetzt, wie dasselbe zu verwirklichen sei; denn das Recht auf die Gewinnvertheilung, d. i. auf die Dividende, ist, wie oben bemerkt wurde, ein Individualrecht des Actionärs (Art. 217).

Eine mala fide behobene sog. fingirte Dividende wäre principiell zurückzuerstatten, jedoch ist dies in praxi sehr schwer, ja kaum ausführbar, zumal die meisten Actien auf Inhaber lauten, und die Realisirung dieser Rückerstattungspflicht bloß von der Meldung des der Gesellschaft zumeist unbekannten Actionärs abhinge; dazu kommt noch, daß ja der Couponbesitzer eine vom Actionär verschiedene Person sein kann. Jedenfalls aber besteht bei Ausgabe fingirter Dividenden eine persönliche und solidarische Schadenersatzpflicht der Mitglieder des Vorstandes der Gesellschaft (Art. 241 Abs. 2).[15])

c) Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Actionäre nicht bedungen noch ausbezahlt werden (Art. 217 Abs. 1). Ausnahmsweise können jedoch für den in dem Gesellschaftsvertrage angegebenen Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes erfordert, den Actionären Zinsen von bestimmter Höhe gegeben werden (Art. 217 Abs. 2)[16]), Intercalarzinsen oder auch Bauzinsen genannt.

---

15) Ebenso nach deutschem Recht (Art. 241) und nach ung. H. G. §. 189, bosn. §. 201.

16) R. O. H. G. XXII. S. 19. — Motive z. preuß. Entw. S. 266.

Letztere Bezeichnung rührt daher, daß solche Zinsen sehr häufig bei Eisenbahngesellschaften für die Zeit des Eisenbahnbaues festgesetzt werden.[17])

Der Theilbetrag der Dividende, welcher, wie oben erwähnt wurde, bei größeren Actiengesellschaften auf Grund einer vorläufig nur übersichtlichen, nicht provisorischen Bilanz, vorausbezahlt wird, worauf dann später der Restbetrag als Superdividende folgt, wird auch häufig (unrichtig) mit dem Worte „Zinsen" bezeichnet, insbesondere dann, wenn eine derartige Minimaldividende im Gesellschaftsstatute den Actionären zugesichert ist; hier aber handelt es sich nicht um Zinsen, sondern um Dividenden und die Verpflichtung der Gesellschaft besteht nur, wenn der jährliche Reingewinn dazu hinreicht. Auch die von Dritten, insbesondere vom Staate übernommene sog. Zinsengarantie für Actien ist juristisch stets eine Dividendengarantie.[18] Ihrem juristischem Wesen nach ist sie Schenkungszusage, Darlehenszusage, Societät u. s. w.[19]) gegenüber dem Vereine, eventuell auch unmittelbar gegen die Actionäre.[20])

III. Durch den Erwerb oder die Zeichnung von Actien erwirbt der Actionär seine Mitgliedschaft an der Gesellschaft, hiemit aber auch zugleich die ihm obliegenden Pflichten, und da eben die Mitgliedschaft an der Actiengesellschaft in der Betheiligung am Grundcapital besteht, so erscheint die Pflicht des Actionärs zur Leistung der Einlage als dessen erste Pflicht. Diese Einlagepflicht ist auch bei Baareinlagen nicht etwa eine reine Zahlungsverbindlichkeit des Actionärs, sondern ein Ausfluß der Pflicht desselben zur Bildung des Grundcapitals beizutragen.[21]) Daher kommt es auch, daß der Actionär mit dieser seiner Einlagepflicht nicht etwa ihm an die Gesellschaft zustehende Forderungen compensiren kann, und daß bei Sacheinlagen dem Actionär wegen Forderungen, die er an die Gesellschaft hat und die sich nicht auf eben den Gegenstand der Einlage beziehen, ein Retentionsrecht (Zurückbehaltungsrecht) nicht zusteht. Wohl aber kann umgekehrt die Gesellschaft gegen Forderungen der Actionäre deren Einlagepflicht aufrechnen.[22]) Wann die Einzahlung der Einlage und wie dieselbe zu erfolgen habe, d. i. insbesondere ob auf einmal oder in Raten, ist in der Regel im Gesellschaftsvertrage bestimmt. Mangels einer diesbezüglichen Vertragsbestimmung gilt wohl die Norm des bürgerlichen Rechtes, daß die Einzahlung sofort d. i. ohne unnöthigen Aufschub zu geschehen hat (§. 904 a. b. G. B.). Ebenso bestimmt der Gesellschaftsvertrag in der Regel, in welcher Form die Aufforderung zur Einzahlung zu geschehen hat. Enthält das Statut aber keine diesbezügliche Bestimmung, so erfolgt die Aufforderung zur Einzahlung in derselben Form, wie die Bekanntmachungen der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage überhaupt geschehen müssen (Art. 221 Abs. 1 u. Art. 209 Z. 11).[23])

---

17) Siehe hierüber Cosack, H. R. 2. Aufl. §. 95 IV. 1 (S. 606).

18) Goldschmidt, System §. 59.

19) Thöl, H. R. I. §. 165, faßt sie als Verbürgung (Intercession) auf.

20) R. O. H. G. XXII. S. 224.

21) Behrend, H. R. I. §. 120.

22) Behrend, a. a. O. §. 120 und insbes. Note 4 u. ff.

23) Ebenso nach deutschem Rechte (Art. 219, 184, 184a, 209); ung. H. G. §. 170 und bosn. §. 176; in welchen

Wer den Betrag seiner Actie oder seines Actienantheiles nicht rechtzeitig einzahlt oder bis zum festgesetzten Termine nicht voll einzahlt, ist von Rechtswegen d. i. auch ohne vorausgegangene Mahnung[24]) zur Zahlung von Verzugszinsen und zwar nach Art. 287 zu 6% verpflichtet (Art. 220 Abs. 1).[25]) Auch können für den Fall der Säumniß des Actionärs rücksichtlich seiner Einlagepflicht im Gesellschaftsvertrage noch außerdem Conventionalstrafen festgesetzt werden u. z. ohne Rücksicht auf die sonst stattfindenden gesetzlichen Einschränkungen (Art. 220 Abs. 2), so daß diesfalls z. B. die Bestimmung des §. 1336 a. b. G. B. nicht gelten soll, wonach der Richter den „Vergütungsbetrag", wie das bürgerliche Gesetzbuch auch noch die Conventionalstrafe bezeichnet, eventuell nach Einvernehmung von Sachverständigen mäßigen kann, wenn der Schuldner beweist, daß dieser Vergütungsbetrag zu hoch bemessen sei. Ja es kann im Gesellschaftsvertrage sogar bestimmt werden, daß die morosen Actionäre ihrer Anrechte aus der Zeichnung der Actien und der geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig werden (Art. 220 Abs. 2), jedoch in keinem Falle, ohne daß sie vorher mindestens dreimal u. z. bei Inhaberactien in den hiezu bestimmten öffentlichen Blättern (Art. 209 Z. 11), bei ohne Einwilligung der übrigen Actionäre nicht übertragbaren Namenactien durch besondere an sie gerichtete Erlässe, u. z. in beiden Fällen das letzte Mal wenigstens 4 Wochen vor dem für die Einzahlungen festgesetzten Schlußtermine aufgefordert worden wären (Art. 221 Abs. 2; sog. Caducirungsverfahren). Hiedurch wird aber der Actionär, wie bereits oben erwähnt wurde, von seiner Verpflichtung zur Einzahlung von 40% bezw. 25% des Nominalbetrages der Inhaberactie (Art. 222 Z. 2 u. §. 35 Einf. Ges.) sowie von der Einzahlung des Rückstandes des Vollbetrages der Namenactien (Art. 223 u. 183) nicht enthoben. Die so caducirten Actien kann nun die Gesellschaft entweder zum Börsenpreise oder in Ermangelung eines solchen durch Versteigerung verkaufen, wobei dem Käufer eine neue Actienurkunde ausgefolgt wird. Ist der hiefür erzielte Preis geringer als die rückständige Einlage, so können diese Actien unter pari (d. i. unter dem Nennnwerthe)[25a]) emittirt werden, der säumige Actionär haftet für den der Gesellschaft erwachsenden Ausfall, während andererseits der Ueberschuß des Kaufpreises über die rückständige Einlage der Gesellschaft als Gewinn verbleibt und nicht etwa dem morosen Actionär herausgegeben wird. Behält die Gesellschaft die caducirten Actien für sich, ohne

---

drei Gesetzen aber eine besondere Form der Aufforderung vorgeschrieben ist. Letztere muß hienach mindestens drei Mal in den statutarisch bestimmten öffentlichen Blättern, eventuell im Amtsblatt, und zwar zuletzt mindestens vier Wochen vor dem für die Einzahlung festgesetzten Schlußtermine kundgemacht werden. Nach deutschem Rechte genügt, falls das Antheilsrecht nicht ohne Einwilligung der Gesellschaft übertragbar ist, die Aufforderung durch besonderen Erlaß an die säumigen Gesellschafter mit einer vier Wochen übersteigenden Frist.

24) Prot. S. 340.

25) Nach deutschem Gesetze Conventionalstrafe (Art. 184); gleich dem östr. Rechte das ung. H. G. §. 169, bosn. §. 175.

25a) Ueber die Unterpariemission s. Nissen in Ztschr. f. H. R. XXI. S. 100 ff.

sie zu verkaufen, so stehen ihr, solange sie dies thut, keine weiteren Ansprüche gegen den säumigen Actionär zu, indem insolange von einem Ausfall der Actiengesellschaft nicht die Rede sein kann, als dieselbe die Actien behält. Eine unrechtmäßig geschehene Caducirung ist anfechtbar und nichtig, weshalb der durch sie betroffene Actionär alle seine Rechte behält[26]), und die neu ausgestellte Actie sowie ihr Verkauf wegen Irrthum ungiltig ist, außer sie wäre an den Inhaber ausgestellt und bereits in den Besitz eines redlichen Dritten übergegangen.

Der letzterwähnte Rückstand kann aber, wie bereits oben dargestellt wurde, seitens der Gesellschaft erlassen werden (Art. 223), jedoch nur unbeschadet der Rechte der Gesellschaftsgläubiger; der austretende Actionär bleibt daher bis zur Höhe des Rückstandes für alle bis zu seinem Austritte an die Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten noch auf ein Jahr, vom Tage des Austrittes an gerechnet, subsidiarisch verhaftet (Art. 223 Abs. 3). Durch den Nennwerth der Actien oder bei der Ausgabe von Actien unter pari durch den im Statut genannten Mehrbetrag ist die Beitragspflicht des Actionärs begrenzt, über diesen Betrag hinaus hat er keine Pflicht zu gesellschaftlichen Zwecken etwas zu leisten (Art. 219); insbesondere ist er nicht zu persönlichen Diensten und Leistungen zur Erreichung des Gesellschaftszweckes verpflichtet; er kann daher nicht gezwungen werden, eine Stelle im Aufsichtsrathe oder im Vorstande zu übernehmen.[27])

Die Pflichten des Actionärs sind durch das Gesetz in zwingender Weise festgesetzt, so daß selbe weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch den Beschluß der Generalversammlung umgeändert werden können. Es kann daher keinem Actionär seine Einlagepflicht erlassen werden; noch kann er seine bereits geleistete Einlage zurückfordern (Art. 216 Abs. 2), außer er könnte seine Actienzeichnung als ungiltig anfechten.[28])

Die Einlagen können, wie bereits oben (§. 67 II., §. 68 II.) bemerkt wurde, in Oesterreich nur Baareinlagen sein.[29])

§. 71.

E. Das Vermögen der Actiengesellschaft.[1])

I. Das Vermögen der Actiengesellschaft besteht aus dem Stamm- oder Grundcapital, das durch die Einlagen der Actionäre gebildet wird, dem Reservefond, falls die Bildung eines solchen aus dem Gewinne der

26) Anders R. G. XXVII. S. 50; vgl. R. G. IX. S. 40.

27) v. Stubenrauch, H. R. §. 122 Nr. 6.

28) R. O. H. G. XXII. S. 194 ff.

29) In Deutschland sind Sacheinlagen der Gründer zulässig (Art. 209 b); doch müssen diese vor Anmeldung der Gesellschaft voll geleistet sein (Cosack, H. R. 2. Aufl. S. 565). — Wegen der Rübenzuckeractiengesellsch. s. West in Busch's Arch. XXXII. S. 19 ff. u. Arch. f. bürg. R. III. S. 293 ff.; Lippmann in Ztschr. f. H. R. XXXIX. S. 126 ff.

1) Goldschmidt, System des H. R. §. 61; v. Strombeck in Busch's Arch. XXXVII. S. 1 ff., XXXVIII. S. 15 ff.; v. Benoni in Allg. östr. G. Z. Nr. 2 ff. v. 1870.

Gesellschaft statutarisch festgesetzt ist, und eventuell noch anderen Fonden. Der über die Höhe des Grund- und Reserve- bezw. Fondcapitals nach Abzug der Kosten sich ergebenden geschäftliche Ueberschuß ist der Gewinn der Gesellschaft.

II. Das Grund- oder Stammcapital setzt sich, wie gesagt, aus den Einlagen der Actionäre zusammen. Der Actienzeichner oder Uebernehmer entäußert sich seiner Einlage zu Gunsten der Gesellschaft, in deren Eigenthum seine Einlage übergeht, und erhält dafür ein neues in der Actienurkunde genau umschriebenes Recht. Das Grundcapital ist ein gesetzliches Erforderniß der Actiengesellschaft; denn die Actiengesellschaft entsteht eben durch die in der Actienzeichnung oder Actienübernahme liegende Beitrittserklärung der Actienzeichner bezw. Actienübernehmer (arg. Art. 207 Abs. 1). Daher schreibt das Gesetz auch vor, daß der Gesellschaftsvertrag die Höhe des Grundcapitals und der einzelnen Actien oder Actienantheile festsetzen muß (Art. 209 Z. 4) und daß diese auch in dem aus den Statuten zu publicirenden Auszuge zu publiciren ist (Art. 210 Z. 4).

Das statutenmäßig festgesetzte Grundcapital der Gesellschaft ist principiell unveränderlich; jede Veränderung desselben, sei es Erhöhung oder Verminderung, bedeutet juristisch eine partielle Neubildung der Actiengesellschaft.[1a])

a) Eine **Vermehrung** des Grundcapitals involvirt nach dem eben Gesagten eine Statutenänderung und kann daher nur mit Einwilligung sämmtlicher Actionäre geschehen (arg. Art. 215 Abs. 1 in Zusammenhang mit Art. 209 Abs. 2 Z. 4), sei es, daß dieselbe durch Ausgabe neuer Actien, deren Emission im Statute nicht in Aussicht genommen war, oder durch Erhöhung des Betrages der vorhandenen Actien erfolgen soll.[2])

b) Schon oben bei Besprechung der fictiven Dividenden wurde die Frage berührt, daß sich das Grundcapital zufolge irriger Bemessung seiner Höhe vermindern kann. Die der Actiengesellschaft zugrundeliegende wirthschaftliche Idee erheischt aber, daß das Grundcapital der Gesellschaft, soweit es thunlich ist, ohne den Actionären eine Mehrleistung aufzuerlegen, ungeschmälert erhalten bleibe, und wenn es vermindert ist, wieder zur ursprünglichen Höhe ergänzt werde. Es darf daher, wenn durch irgend eine Ursache eine Verminderung des Grundcapitals der Gesellschaft eingetreten ist, der in den nächsten Rechnungsperioden erzielte Erwerb nicht an die Actionäre vertheilt werden, ehe nicht das Grundcapital in seiner ursprünglichen Höhe wiederhergestellt ist. Deßhalb kann auch nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nur der Reingewinn unter die Actionäre vertheilt werden (Art. 216 Abs. 2, 217, Abs. 1). Nichtsdestoweniger kann unter Umständen eine **Verminderung** des Grundcapitals sich als nothwendig herausstellen, so, wenn sich im Laufe der Zeit ergibt, daß das Grund-

1a) Goldschmidt a. a. O. S. 138; Nissen in Ztschr. f. H. R. XIX. S. 396 und XXI. S. 100 ff.

2) Renaud, R. d. Act.-Ges. 1. Aufl. §. 51; Jolly in Ztschr. f. deutsches R. VI. S. 202; für das gegenwärtige deutsche Recht s. insbes. Goldschmidt, Syst. d. H. R. §. 61. Vgl. auch Nissen in Ztschr. f. H. R. XIX. S. 353 ff.; v. Strombeck ebenda XXVIII. S. 459 ff.

capital zu hoch bemessen wurde. Eine solche Reduction des Grundcapitals erfolgt durch theilweise Zurückzahlung des Grundcapitals an die Actionäre. Diese kann nur erfolgen auf Beschluß einer Generalversammlung, welcher Beschluß jedoch zu seiner Giltigkeit der staatlichen Genehmigung bedarf (Art. 248 Abs. 1)[3]). Hiefür schreibt das Gesetz die Beobachtung der für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens im Falle ihrer Auflösung maßgebenden Bestimmungen vor (Art. 248); es müssen also vorerst die Schulden der Gesellschaft gezahlt, ihre Gläubiger befriedigt sein (Art. 245) und muß der diesbezügliche Beschluß zu drei verschiedenen Malen durch die hiezu bestimmten öffentlichen Blätter (Art. 209, Z. 11) bekannt gemacht werden und seither ein Jahr verflossen sein[4]) (Art. 243 u. 245). An Stelle der Generalversammlung können statutarisch auch andere Organe, z. B. der Verwaltungsrath der Gesellschaft, zu diesbezüglicher Beschlußfassung ermächtigt sein. Eine Verminderung des Grundcapitals kann auch in der Weise geschehen, daß die Gesellschaft eine bestimmte Anzahl Actien zurückkauft und vernichtet, nicht aber, wenn sie dieselben nicht vernichtet. Dieser Ankauf eigener Actien kann statutarisch verboten sein.[5])

III. Sehr oft ist in den Statuten der Actiengesellschaften die Bildung eines Reservefonds angeordnet. Dieser kann in der Weise gebildet werden, daß nicht der ganze Gewinn vertheilt wird, sondern nur ein Theil desselben, während der Rest desselben für zukünftige Bedürfnisse aufgehoben wird, oder auch so, daß der ganze Reingewinn so lange zum Reservefond geschlagen wird, bis dieser die im Statute festgesetzte Höhe erreicht hat. Ein Zwang zur Bildung eines Reservefonds besteht nicht[6]); vielmehr ist es nach Art. 209 Z. 6 H. G. B. den Gründern überlassen, im Statute festzusetzen, nach welchen Grundsätzen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen und auszuzahlen ist, worunter auch die Frage gehört, ob ein Reservefond zu bilden ist. Da der Reservefond aus dem Gewinn der Gesellschaft gebildet wird und sohin keinen Bestandtheil des Grundcapitals der Gesellschaft bildet, so kann statutarisch dessen Verwendung zur Ergänzung der Dividende um den etwa noch auf

---

3) Staatliche Genehmigung nicht erforderlich nach deutschem Recht (Art. 248); in Ungarn (§. 209) und Bosnien (§. 224) gerichtliche Bewilligung auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses.

4) Ebenso nach deutschem Recht (Art. 245); im ung. H. G. (§. 204) und bosn. (§. 219) ist statt der einjährigen Frist eine sechsmonatige Frist festgesetzt.

5) Anders in Deutschland, Ungarn und Bosnien. — Vgl. zu Abs. II. b des Textes: Keyßner in Ztschr. f. H. R. XX. S. 467 ff. und in Busch's Arch. XXXIII. S. 223 ff.; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXI. S. 1 ff.; v. Kräwel in Busch's Arch. XXIX. S. 12 ff.; Geiger ebda. XXX. S. 10 ff., XXXI. S. 32 ff.; Auerbach XXX. S. 67 ff.; Bachmann ebda. XXXI. S. 1 ff.; Hergenhahn ebenda XLVIII. S. 169 ff.; Renaud in Grünhut's Zeitschrift III. S. 632 ff.; Jacques in Oestr. allg. G. Ztg. Nr. 50 v. 1869; W. Endemann ebda. Nr. 78—81.

6) Wohl aber nach deutschem Recht, weil dort die staatliche Genehmigung wegfiel. In Oesterreich kann wohl die Verwaltungsbehörde die Bewilligung einer Actiengesellschaft im einzelnen Falle von der Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung in die Statuten abhängig machen. In Ungarn und Bosnien ist die Aufnahme einer solchen Bestimmung in die Statuten freigestellt.

die festgesetzte Höhe derselben fehlenden Betrag gestattet werden, denn die mehrerwähnte Bestimmung des Art. 217, daß der Reservefond bei der Bilanz unter die Passiven der Gesellschaft zu rechnen sei, bezieht sich nur auf die bereits statutarisch festgesetzte Höhe des Reservefonds, die Art der Festsetzung und das Ausmaß des Reservefonds aber ist dem Statute vorbehalten. Wurde aber der Reservefond noch bevor er die statutarische Höhe erreicht hat, zu dem Zwecke, für welchen er statutarisch bestimmt worden war, angegriffen, so dauert es einfach länger, bis derselbe zu seiner statutenmäßigen Höhe gelangt, und muß so lange die statutenmäßige Quote des Gewinns zurückbehalten werden, bis der Reservefond die statutenmäßige Höhe erreicht hat, und es kann auch während dieser Zeit eine Dividende ausgezahlt werden, außer es wäre im Statute bestimmt, daß der ganze Reingewinn zur Bildung des Reservecapitals zu verwenden ist, oder wenn die statutarisch hiezu ermächtigte Generalversammlung solches beschließt. Wenn der Reservefond angegriffen wird, nachdem er die statutarische Höhe erreicht hatte, so ist mangels anderweitiger statutarischer Bestimmung nur soviel vom Gewinne jährlich zur Ergänzung zu verwenden, als ursprünglich vertragsmäßig zur Bildung des Reservefonds vorgeschrieben war.[7])

IV. Es kann auch noch die Bildung anderweitiger Fonde außer dem Reservefond vorgesehen sein, so insbesondere die Bildung eines Amortisationsfonds und eines Tilgungsfonds. Ersterer, der häufig gleichfalls mit dem Namen „Tilgungsfond" bezeichnet wird, dient der Verminderung der Zahl der Actien oder auch nach den Statuten einzelner Gesellschaften der Deckung allfälliger Verluste, Ergänzung der Dividenden und Amortisation ungiltiger Actien. Der gewöhnliche Zweck des sog. Amortisationsfonds ist die Verminderung der Zahl der Actienrechte, sei es durch Ankauf eigener zum Verkaufe gelangender Actien, um sie zu vernichten oder zurückzubehalten, oder sog. Heimzahlung durch das Loos zu bezeichnender Actien, mit oder ohne Gewinnzuschlag, gleichfalls in der Absicht die so ausbezahlten Actien zu vernichten oder zurückzubehalten. Eine solche Verminderung der Zahl der Actien kann aber nur dann stattfinden, wenn sie im Statut vorgesehen ist, weßhalb auch in der Heimzahlung der verlosten Actien eine Beeinträchtigung der hiedurch betroffenen Actionäre nicht liegen kann; denn die Actionäre haben sich ja allen Bestimmungen der Statuten unterworfen. An Stelle der heimgezahlten Actien können auch sog. Genußscheine (actions de jouissance) ausgegeben werden[8]), welche auf den Ueberbringer lauten und ihrem Besitzer fast alle Rechte eines Actionärs verleihen, so insbesondere auch das Recht auf die Dividende und einen verhältnißmäßigen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen im Falle der Auflösung der Gesellschaft.

In keinen der hier besprochenen Fällen liegt eine Verkürzung der Actionäre der nicht rückgekauften oder heimgezahlten Actien vor. Denn

7) Renaud R. d. Act. G. §. 64.
8) Z. B. Statuten der priv. östr.-ung. Staatseisenbahngesellschaft §§. 45, 48 (genehmigt 27. Oct. 1884).

im Falle des Ankaufes oder der Heimzahlung eigener Actien durch die Gesellschaft, um dieselben zu vernichten oder zurückzubehalten, ohne Ausstellung von sog. Genußscheinen, steigt der Preis der nicht eingezogenen Actien durch die Aussicht auf eine größere Dividende und einen größeren Vermögensantheil im Falle der Gesellschaftsauflösung, im Falle der Heimzahlung mit Genußscheinen aber ist die Stellung der Inhaber der nicht ausgelosten Actien gegenüber den Besitzern von Genußscheinen insofern eine bevorzugte, als die Anzahl der Actien, welche zuerst bis zu einem gewissen Procentsatze Anspruch auf Vertheilung des Reingewinns haben, beschränkt wird, während andererseits mit denselben die Aussicht auf Rückempfang des Actienbetrages nebst sogenannten Zinsen bis zum Tage der Einlösung derselben verbunden bleibt.[9])

Der oben erwähnte Tilgungsfond (im eigentlichen, engeren Sinne) wird zum Zwecke der ratenweisen Tilgung der von der Gesellschaft aufgenommenen Anlehen, sowie auch zum Ersatze der vom Staate oder anderen Personen infolge übernommener sog. „Zinsengarantie"[10]), richtiger Dividendengarantie ausgelegten Summen verwendet. Auch hierin liegt keine Verkürzung der Actionäre; denn wenn auch ihr Jahresgewinn hiedurch jährlich um einen kleinen Betrag vermindert erscheint, so ist hiedurch doch der eventuellen Gefahr vorgebeugt, daß später beim Fälligkeitstermine der Darlehnsschuld infolge allzugroßer Verminderung oder gänzlichen Ausfalles der Dividende ein plötzlicher Sturz des Werthes der Actien entstehe und deren Umsatz erschwert werde. Die Bildung solcher Fonde ist allerdings im Handelsgesetzbuche nicht vorgesehen, allein da es sich hier nicht um Verminderung des Grundcapitals, sondern nur um eine statutarisch festgesetzte Verwendung eines Theiles des Reingewinnes handelt, so muß die Bildung solcher Fonde wohl als zulässig erkannt werden.[11])

Die Behandlung bezw. Vertheilung des weiteren Reingewinnes der Gesellschaft, der sich ergibt nach Abzug der Ausgaben der Gesellschaft, und der Beiträge zu den nach den Statuten zu bildenden Fonden, wurde bereits oben (§. 70) besprochen, worauf hier verwiesen werden kann.

§. 72.

F. Organisation der Actiengesellschaft.[1])

1. Im Allgemeinen.

I. Wie jeder Verein bedarf auch die Actiengesellschaft ihrer Organe, durch die ihr Wille zustande kommt bzw. ausgeführt wird. Ersteres geschieht durch die Generalversammlung, letzteres durch den Vorstand. Dies sind die vom Gesetze vorgeschriebenen Organe der Actiengesellschaft: für die Generalversammlung ergibt sich dies aus Art. 224, wonach die Rechte, welche den Actionären in den Gesellschaftsangelegenheiten, insbesondere in Bezug auf die Geschäftsführung, die Einsicht und Prüfung der Bilanz

9) Renaud a. a. O. §. 71 S. 681.
10) Vgl. v. Stubenrauch in Oestr. Allg. G. Ztg. Nr. 60 v. 1864.
11) Renaud a. a. O. §. 71 S. 681.
1) Hoeland, Die Organe der Actienvereine, 1887.

und die Gewinnvertheilung zustehen, von der Gesammtheit der Actionäre in der Generalversammlung ausgeübt werden, und wonach, sofern im Gesellschaftsvertrage nicht Anderes bestimmt ist, jede Actie ihrem Inhaber eine Stimme in der Generalversammlung gewährt, und aus Art. 237, wo von den Fällen die Rede ist, in welchen die Generalversammlung einberufen werden muß, und endlich aus Art. 209 Z. 8, 9 u. 10, wonach der Gesellschaftsvertrag, um die staatliche Genehmigung zu erhalten, bestimmen muß, in welcher Form die Zusammenberufung der Actionäre geschieht, unter welchen Bedingungen und in welcher Form das Stimmrecht der Actionäre besteht bezw. ausgeübt wird, und über welche Gegenstände nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der Generalversammlung, sondern durch eine größere „qualificirte" Majorität Beschluß gefaßt werden kann.

Rücksichtlich des Vorstandes schreibt Art. 227 Abs. 1 ausdrücklich vor: „Jede Actiengesellschaft muß einen Vorstand haben"[2]), und nach Art. 209 Z. 7 muß das Gesellschaftsstatut die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder desselben festsetzen.

II. Generalversammlung und Vorstand erscheinen im Sinne des Gesetzes als nothwendige Organe der Actiengesellschaft; ohne sie ist eine Actiengesellschaft gesetzlich nicht möglich. Dies entspricht auch dem thatsächlichen Wesen der Actiengesellschaft; denn sie bedarf eines Organes, um ihren Willen kundzugeben (Generalversammlung), und eines Organes, das sie nach außen hin vertritt und ihren Willen ausführt (Vorstand). Außerdem aber kommen bei verschiedenen Actiengesellschaften noch andere Organe vor, die aber weder zum Wesen der Actiengesellschaft gehören noch durch das Gesetz als nothwendig vorgeschrieben sind, wie der Aufsichtsrath und der Verwaltungsrath.[3]) Das Handelsgesetzbuch gedenkt beider in Art. 231 Abs. 2, während es nur auf die Function des Aufsichtsrathes näher eingeht (Art. 225), ohne aber seine Aufstellung vorzuschreiben. Hienach erscheint der Aufsichtsrath als Controlbehörde des Vorstandes, als Ueberwachungsorgan der gesellschaftlichen Geschäftsführung.

§. 73.

2. Die Generalversammlung.[1])

I. Die Actionäre üben, wie bereits oben (§. 72) erwähnt wurde, die ihnen in Angelegenheiten der Gesellschaft zustehenden Rechte in ihrer Gesammtheit in der Generalversammlung aus (Art. 224); durch die Be-

---

2) Vgl. deutsches Ges. Art. 227, 209 Abs. 2 Z. 5; ung. H. G. §. 182; bosn. §. 194.

3) In Oesterreich ist „Verwaltungsrath" meist identisch mit „Vorstand".

1) Jolly in Ztschr. f. D. R. XI. S. 420 ff.; Bekker in Ztschr. f. H. R. XVI. S. 72, 87, 405, 425; Keyßner in Busch's Arch. XXXI. S. 311 ff.; Primker in Endemann's Hdb. I. S. 562, Renaud, Act.-Ges. §§. 51—55; Behrend, H. R. I. §. 121; Hergenhahn, Berufung und Thätigkeit der Generalversammlung der Actiengesellschaften. 1888.

theiligung an den Berathungen und Abstimmungen derselben können sie auf das Zustandekommen eines Beschlusses hinwirken oder einen solchen verhindern[2]); und in der Beschlußfassung der Generalversammlung liegt die Kundgebung des Gesammtwillens der Actionäre, des Willens der Gesellschaft. Die Generalversammlung ist zwar nicht Principal der Actienunternehmung, aber sie hat die oberste Leitung des ganzen Unternehmens und der Gebahrung der Gesellschaft in ihren Händen; und ihre Beschlüsse müssen von allen übrigen Gesellschaftsorganen respectirt werden[3]), sowie auch andererseits die Mitglieder des Vorstandes und anderer Gesellschaftsorgane, soweit ihre Geschäftsführung auf Weisungen der Generalversammlung beruht oder nachträglich von derselben genehmigt ist, gegen Ansprüche der Gesellschaft geschützt sind[4]), ohne daß aber hiedurch die durch gesetz-, vertrags- oder auftragswidrige Handlungen begründete persönliche, unbeschränkte und solidarische Haftung der Vorstandsmitglieder dem Beschädigten der Gesellschaft oder Dritten[5]) gegenüber beseitigt werden könnte.[6]) Es ist selbstverständlich, daß Beschlüsse, welche mit dem Wesen der Actiengesellschaft, oder mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften oder mit dem Gesellschaftsvertrage sich nicht vereinbaren lassen, oder Sonderrechte der Actionäre verletzen, ungiltig sind.[7])

II. Innerhalb dieser durch das Wesen der Actiengesellschaft, durch Gesetz und Vertrag gezogenen Grenzen ist die Generalversammlung für alle Gesellschaftsangelegenheiten competent. Gewöhnlich enthalten aber die Statuten noch nähere Competenzbestimmungen, und insbesondere sind durch das Gesetz nachstehende Angelegenheiten ausdrücklich und ausschließlich der Beschlußfassung der Generalversammlung vorbehalten[8]): 1. Fortsetzung der Gesellschaft (Art. 214); 2. Statutenänderung (Art. 214 u. 215 Abs. 1 s. unter VII.); 3. Fusion mit einer anderen Actiengesellschaft (Art. 215 Abs. 2); 4. Genehmigung der Jahresbilanz und der Dividendenvertheilung (Abs. 225); 5. Ermächtigung des Aufsichtsrathes zur Führung von Processen gegen Vorstandsmitglieder (Art. 226, 194); 6. Wahl von Bevollmächtigten, wenn die Actionäre selbst in Gesammtheit und in gemeinsamem Interesse gegen die Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrathes im Proceßwege auftreten wollen (Art. 226, 195); 7. Beschränkungen des Vorstandes in seinen Befugnissen (Art. 231); 8. die Entgegennahme der Anzeige des Vorstandes von der aus der letzten Bilanz sich ergebenden Verminderung des Grundcapitals um die

---

2) Behrend a. a. O. Note 2.
3) Behrend, H. R. I. §. 121.
4) Behrend a. a. O. Note 4.
5) v. Hahn, Comm. I. §. 4 zu Art. 241.
6) Behrend, H. R. I. §. 121 Note 4.
7) Behrend, H. R. I. §. 121 Note 5 und 6 sind diesbezügliche Reichsoberhandelsgerichts- und Reichsgerichtsentscheidungen zusammengestellt.
8) Für das deutsche Recht, wonach der Generalversammlung im Allgemeinen dasselbe Recht zukommt, s. Hergenhahn a. a. O. S. 27—101; das ung. (§. 154) und bosn. H. G. (§. 159) enthalten eigene Bestimmungen für die erste innerhalb zweier Monate vom Schlußtermine der Actienzeichnung einzuberufenden Generalversammlung; im Uebrigen dem deutschen und österreich. Rechte analog. (S. insbes. §. 179 ung. und §. 189 bosn. H. G.)

Hälfte oder um mehr und diesbezügliche Beschlußfassung (Art. 240); 9. die Auflösung der Gesellschaft (Art. 242 Z. 2), falls sie nicht durch Verfügung der Verwaltungsbehörde (Art. 242 Z. 3; 240) oder durch Ablauf der Zeit (Art. 242 Z. 1) oder Concurs der Gesellschaft (Art. 242 Z. 4) erfolgt; 10. die Bestellung anderer Personen zu Liquidatoren an Stelle des Vorstandes (Art. 244); 11. Theilweise Züurckzahlung des Grundcapitals an die Actionäre (Art. 248).

II. Nicht jede Zusammenkunft von Actionären, ja nicht einmal jede Zusammenkunft aller Actionäre ist eine Generalversammlung im Sinne des Handelsgesetzbuches, nur die über ordnungsmäßige Berufung (Art. 236)[9]) erfolgte Zusammenkunft der Actionäre ist eine Generalversammlung im Sinne des Gesetzes, wobei es für den Begriff der Generalversammlung nicht wesentlich ist, daß die Actionäre vollzählig erscheinen. Die Berufung der Generalversammlung obliegt in erster Linie und zwar jedenfalls und unbedingt[10]) dem Vorstande; jedoch kann statutarisch auch anderen Personen neben dem Vorstande die Berechtigung zur Einberufung einer Generalversammlung ertheilt werden (Art. 236). Wenn ein Aufsichtsrath bestellt ist, so ist er kraft Gesetzes zur Einberufung einer Generalversammlung nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, wenn es das Interesse der Gesellschaft erheischt (Art. 225 Abs. 3).[11]) Die Einberufung der Actiengesellschaft durch den Vorstand muß erfolgen: 1. ex lege — jährlich einmal u. z. innerhalb der ersten sechs Monate eines jeden Geschäftsjahres, behufs Vorlage der Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres (Art. 239[12]) (sog. jährliche oder ordentliche Generalversammlung). Art. 249 H. G. B. stellt es jedoch den Landesgesetzgebungen anheim, zu bestimmen, daß für besondere Arten von Actiengesellschaften oder in besonderen Fällen durch den Gesellschaftsvertrag mit staatlicher Genehmigung diese Frist bis auf zwölf Monate seit Ablauf des Geschäftsjahres, rücksichtlich welches die Bilanz vorgelegt werden soll, ausgedehnt werden dürfe. Hievon machte die österreichische Gesetzgebung insoferne Gebrauch, als §. 35 des österr. Einf. Ges. z. H. G. B. die Entscheidung, ob in Ansehung einzelner Actiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, in dem Gesellschaftsvertrage eine Ausdehnung dieser sechsmonatigen Frist auf zwölf Monate festgestellt werden könne, der zur Ertheilung der staatlichen Genehmigung berufenen Behörde überläßt. Hienach muß die erste (ordentliche) Generalversammlung einer neu gegründeten Actiengesellschaft innerhalb des dritten Halbjahres bezw. innerhalb des zweiten Jahres nach dem Inslebentreten der Actiengesellschaft einberufen werden.

2. Gleichfalls ex lege: unverzüglich (d. i. nach §. 904 a. b. G. B. ohne unnöthigen Aufschub), sobald sich aus der letzten Bilanz ergibt, daß

---

9) Vgl. deutsches Ges. Art. 236.

10) Brix, Das östr. H. G. (Comm.) Nr. 2 zu Art. 236.

11) Deutsches Ges. Art. 225 Abs. 2; ung. H. G. §. 195, bosn. §. 210.

12) Präciser im deutschen Ges. (Art. 239), woselbst auch eine gesetzliche kürzere Frist gegeben ist; vgl. ung. H. G. §. 198, bosn. §. 208.

sich das Grundcapital um die Hälfte vermindert hat, und zwar behufs Entgegennahme der Anzeige dieser Grundcapitalsverminderung (Art. 240 Abs. 1).[13]) Die Unterlassung dieser Anzeige, sohin auch die Unterlassung der Einberufung der Generalversammlung im Falle der Grundcapitalsverminderung um die Hälfte macht die Mitglieder des Vorstandes im Sinne des Art. 241 Abs. 2 für den dadurch den Actionären und den Gläubigern der Gesellschaft zugefügten Schaden persönlich und solidarisch verantwortlich.[14])

3. Auf Verlangen eines Actionärs oder mehrerer Actionäre, dessen bezw. deren Actien zusammen den zehnten Theil des Grundcapitals darstellen (Art. 237 Abs. 2).[15]) Dieses Begehren ist in Form einer von dem betreffenden Actionär bezw. von sämmtlichen dieses Begehren stellenden Actionären unterzeichneten Eingabe unter Angabe des Zweckes und der Gründe an den Vorstand zu richten (Art. 237 Abs. 2). Der Vorstand aber hat keineswegs das Recht, die angegebenen Motive zu prüfen und je nachdem er sie stichhältig erachtet oder nicht, dem Antrage auf Einberufung einer Generalversammlung stattzugeben oder ihn zurückzuweisen, sondern er muß die Einberufung vornehmen, soll aber durch die Angabe des Zweckes und der Motive in die Lage versetzt werden, das Nöthige für eine solche Versammlung vorzubereiten.[16]) Da jedoch das Gesetz keine Frist bestimmt, innerhalb welcher der Vorstand diese Generalversammlung einzuberufen hat, so liegt es in Ermangelung einer diesbezüglichen statutarischen Bestimmung in dem Belieben des Vorstandes, wann er diese Generalversammlung einberufen muß. Wohl kann sich der Actionär, wenn der Vorstand die Einberufung verweigert oder über Gebühr verzögert, an den Aufsichtsrath wenden, wenn ein solcher bestellt ist, da auch dieser zur Einberufung der Generalversammlung berechtigt und verpflichtet ist, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist (Art. 225 Abs. 3). Da es aber dem Aufsichtsrathe zusteht, zu prüfen, ob das Interesse der Gesellschaft die Einberufung der Generalversammlung erfordert oder nicht, so kann er, wenn er die Gründe nicht als stichhältig erkennt, die Einberufung auch ablehnen. In diesem Falle sowie wenn überhaupt kein Aufsichtsrath besteht, bleibt dem Actionär nur noch die Möglichkeit, die nächste ordentliche Generalversammlung abzuwarten, und in dieser, oder wenn zufällig noch früher eine andere (außerordentliche) Generalversammlung stattfindet, in der letzteren seinen Antrag auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung zu stellen. Sollte aber dieser Antrag abgelehnt werden, so steht dem Actionär nur noch die gerichtliche Klage zu Gebote, die jedoch nur selten zum Ziele führen wird.[17])

---

13) Ebenso deutsches Ges. (Art. 240); ung. §. 187, bosn. §. 199.

14) Brix a. a. O. Nr. 13 zu Art. 240.

15) Ebenso ung. H. G. §. 178, bosn. §. 188; nach deutschem Ges. Art. 237 Abs. 1 genügt der zwanzigste Theil des Grundcapitals.

16) Prot. S. 345.

17) Nach deutschem Rechte (Art. 237 Abs. 3) kann das Handelsgericht die Actionäre, welche mit ihrem Verlangen um Einberufung der Generalversamm-

Es ist zulässig, daß im Gesellschaftsvertrage das Recht, die Einberufung der Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines größeren oder geringeren Antheiles am Grundcapital geknüpft werde.[18])

4. In allen im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen (Art. 237 Abs. 1).

5. In allen Fällen, in welchen die Einberufung der Generalversammlung im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint (Art. 237 Abs. 1).

II. Die Form, in welcher die Berufung der Generalversammlung zu erfolgen hat (Bekanntmachung in Zeitungen, schriftliche Mittheilung 2c.), muß im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein (Art. 209 Z. 8)[19]) und ist stets genau einzuhalten (Art. 238 Abs. 1).[20]) Desgleichen bestimmt das Statut die Art der Legitimation der erscheinenden Actionäre (z. B. Hinterlegung der Actien[20a]) u. a.).

III. Bei der Berufung der Generalversammlung muß jederzeit der Zweck derselben bekannt gemacht werden (Art. 238 Abs. 2)[21]), und es dürfen in der Generalversammlung nur über Gegenstände, deren Verhandlung in dieser Weise angekündigt worden ist, Beschlüsse gefaßt werden (Art. 238), wohl aber steht es jedem Mitgliede frei, ohne vorherige Ankündigung Anträge zu stellen, und es können auch über nicht angekündigte Gegenstände Verhandlungen ohne Beschlußfassung gepflogen werden (Art. 238 Abs. 3). Der Zweck dieser Bestimmungen ist, jedem Actionär die Möglichkeit zu geben, an einer die Interessen der Gesellschaft und der Actionäre berührenden Verhandlung theilzunehmen. Nicht an allen Fragen, welche die Gesellschaft betreffen, nicht an allen in der Generalversammlung zur

---

lung nicht durchdrangen, zur Berufung der Generalversammlung oder zur Ankündigung des Gegenstandes ermächtigen. Mit der Berufung oder Ankündigung ist die gerichtliche Ermächtigung zu veröffentlichen. — Nach ung. H. G. (§. 178) und bosn. (§. 188) hat diesfalls das Gericht über Ansuchen der Betheiligten die Generalversammlung einzuberufen.

18) Nach deutschem Ges. Art. 237, ung. H. G. §. 178, bosn. §. 188 ist nur statutarische Festsetzung eines geringeren Betrages zulässig.

19) Ebenso deutsches Ges. Art. 209 Z. 6; ung. §. 157 Z. 8, bosn. §. 162 Z. 8.

20) Ebenso die Fassung des Art. 238 im deutschen Gesetze; jedoch mit dem Zusatze „mit einer Frist von mindestens zwei Wochen" und mit dem weiteren Beisatze, „daß, wenn im Gesellschaftsvertrage die Ausübung des Stimmrechtes davon abhängig gemacht ist, daß die Actien bis zu einem gewissen Zeitpunkte vor der Generalversammlung hinterlegt werden, die Einberufungsfrist derart zu bemessen ist, daß für die Hinterlegung mindestens zwei Wochen frei bleiben", d. h. daß sich diesfalls die mindestens vierzehntägige Einberufungsfrist noch um den Zeitraum zwischen dem Endtermine der Hinterlegungsfrist und dem Tage der Generalversammlung verlängert. Wäre dies nicht der Fall und würde der Zeitraum, um welchen die Actien vor der Generalversammlung hinterlegt werden sollen, wenn er kürzer ist als 14 Tage, in diese Frist eingerechnet werden, so würde dies leicht den Aktionären die Möglichkeit benehmen, die Actien rechtzeitig zu deponiren. (Anders Hergenhahn a. a. O. S. 14, 15.) Dasselbe muß auch dann gelten, wenn die Generalversammlung statutarisch ein- für allemal auf einen bestimmten Tag angesetzt ist. Diese beiden 14tägigen Fristen sind Minimalfristen, und es können im Vertragswege längere Fristen bestimmt werden.

20a) In Art. 238 des deutschen Ges. erwähnt.

21) Vgl. deutsches Ges. Art. 238; und ung. Ges. §. 177, bosn. §. 182.

Verhandlung gelangenden Gegenständen hat der Actionär gleiches Interesse; durch die Angabe des Zweckes (der Tagesordnung) der Generalversammlung werden die Actionäre auf die zur Verhandlung gelangenden Gegenstände aufmerksam gemacht. Wer ein Interesse daran hat, wird, sofern er nicht in unabwendbarer Weise verhindert ist, in der Generalversammlung erscheinen, und jedem Actionär ist Zeit gegeben, sich auf die Verhandlungen vorzubereiten, die einzelnen Fragen zu prüfen und zu studiren, sich sein Urtheil in der Sache zu bilden, was aber durchaus nicht ausschließt, daß er sich im Laufe der Verhandlung durch die Gründe und Erörterungen eines anderen Actionärs überzeugen läßt und dessen Anschauung beitritt. Diese vorherige Ankündigung schützt die Actionäre und die Gesellschaft gegen Ueberstürzungen bei Beschlüssen, sowie gegen die Gefahr, daß eine bestimmte zufällig in einer Generalversammlung in der Majorität befindliche Gruppe diese Gelegenheit benutze, um einen bestimmten Antrag durchzusetzen, von dem sie glauben, daß er in einer besser besuchten Generalversammlung nicht durchdringen dürfte, indem er eine große Mehrheit aller Actionäre gegen sich habe. Andererseits ist durch die Bestimmung, daß es jedem Mitgliede freistehe, auch ohne vorherige Ankündigung in der Generalversammlung Anträge, Beschwerden u. dergl. vorzubringen, ein Schutz gegen Intriguen des Vorstandes geschaffen, indem diesem eine fernere Unterdrückung solcher Angelegenheiten kaum möglich sein dürfte.[22]) Nur über den in einer Generalversammlung ohne vorherige Ankündigung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung kann sofort ein Beschluß gefaßt werden (Art. 238 Abs. 2). Hiedurch wird eben noch kein Beschluß in der Sache selbst gefällt, sondern nur die Möglichkeit geboten, nächsthin und zwar früher als erst in der nächsten ordentlichen Generalversammlung über jene Angelegenheit zu verhandeln und zu beschließen, welche Anlaß zur Stellung des Antrages auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung gegeben hat; denn nur um dies hatte es sich für den Antragsteller gehandelt; den übrigen Actionären ist aber auch hier wieder Gelegenheit geboten, sich über die betreffende Angelegenheit vorher zu informiren.

Je nach Zweck und Veranlassung unterscheidet man constituirende, ordentliche und außerordentliche Generalversammlungen. Constituirende sind jene, welche sich mit der Errichtung der Gesellschaft, mit der Gründung beschäftigen; sie tagen während des Gründungsstadiums.[23]) Ordentliche Generalversammlungen sind jene, die kraft gesetzlicher Vorschrift jährlich mindestens einmal sechs bezw. zwölf Monate nach Abschluß des Geschäftsjahres zur Prüfung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und zur Entgegennahme und Prüfung des Rechenschafts- (Geschäfts-)berichts des Vorstandes einberufen werden (Art. 239). Alle übrigen Generalversammlungen sind außerordentliche.

IV. Der Zeitpunkt, wann eine Generalversammlung einzuberufen

22) Prot. S. 1068.

23) Behrend, H. R. I. S. 726, 742, 751, 818.

ist, ergibt sich zum Theile schon aus dem oben Gesagten, ist aber in der Regel im Gesellschaftsvertrage näher bestimmt und kann auch in einer Generalversammlung festgesetzt werden.[24]) Der Zeitpunkt der Einberufung der Generalversammlung ist aber nicht immer in Art einer reinen Zeitbestimmung gegeben, sondern auch vom Eintritte gewisser Bedingungen und Ereignisse abhängig. Aber auch die Frist zwischen der Einberufung und dem Zusammentritte der Generalversammlung kann im Statute oder im Generalversammlungsbeschlusse bestimmt sein, und zwar ausdrücklich oder auch mittelbar, indem im Gesellschaftsvertrage angeordnet ist, daß die Actien bis zu einem bestimmten Zeitpunkte vor der Generalversammlung hinterlegt werden müssen. Diesfalls muß mindestens diese Frist frei bleiben. Es ist selbstverständlich, daß dann, wenn die Statuten keine solche Fristbestimmung enthalten, die Einladung zur Generalversammlung zeitig genug geschehen muß, damit alle Betheiligten die Möglichkeit haben, der Generalversammlung entweder persönlich oder durch gehörig legitimirte Stellvertreter anwohnen zu können.[25])

V. Rücksichtlich des Ortes[26]), an welchem die Generalversammlung einzuberufen ist, enthält das Gesetz keine Bestimmung. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß der Vorstand den Ort der Generalversammlung nach seinem Belieben bestimmen könne. Hiedurch hätte es der Vorstand in der Hand, jede Controle zu vereiteln und durch Wahl des Ortes z. B. die kleinen Actionäre, welche seinen Plänen entgegenstünden, im concreten Falle von der Ausübung ihres Stimmrechtes auszuschließen. Aber auch aus dem Gesetze ergibt sich, daß der Ort der Generalversammlung als ein feststehender anzusehen sei, denn sonst hätte gewiß das Gesetz angeordnet, daß sowie Zeit und Zweck (Art. 237 Abs. 1 u. 2), so auch Ort der Generalversammlung bei deren Einberufung bekannt zu geben sind. Es ist daher anzunehmen, daß das Gesetz durch die Anordnung des Art. 209 Z. 1, wonach der Gesellschaftsvertrag den Sitz der Gesellschaft angeben muß, genügend vorgesorgt hat. Und in der That ist ja der Sitz der Gesellschaft als der örtliche Mittelpunkt des geschäftlichen Daseins der Gesellschaft der einzig geeignete Ort zur Ausübung der wichtigsten, ja einzigen Thätigkeit der gesellschaftlichen Persönlichkeit.[27]) Auch statutarisch kann die Bestimmung des Ortes der Generalversammlung nicht dem Belieben des Vorstandes von Fall zu Fall überlassen werden, sondern es kann nur ein für allemal ein vom Sitze der Gesellschaft verschiedener Ort in den Statuten als Ort der Generalversammlung festgesetzt werden.[28])

VI. Auch rücksichtlich der Leitung der Generalversammlung enthält das Gesetz keine Bestimmung, so daß in dieser Hinsicht in erster Linie

---

24) Nach ung. H. G. §. 177 und bosn. §. 182 mindestens einmal jährlich.

25) Prot. S. 1065; Renaud §. 48; vgl. wegen des deutschen Rechts oben Note 20.

26) Vgl. v. Völderndorff in Ring's Arch. f. bürg. R. IV. S. 170 ff.

27) v. Völderndorff a. a. O. S. 71; Renaud a. a. O. §. 48.

28) v. Völderndorff a. a. O. S. 172, 173. — Vgl. ung. H. G. §. 157 Z. 8, bosn. §. 162 Z. 8.

der Gesellschaftsvertrag entscheidet. Unpassend ist es, wenn Statuten den Vorstand zum Vorsitzenden bestimmen, da diesem leicht die nöthige Objectivität fehlen könnte. In Ermangelung einer statutarischen Bestimmung ist es wohl zweifellos, daß die Generalversammlung sich selbst ihren Vorsitzenden wählt, u. z. mit einfacher Majorität.

VII. Die Beschlußfassung in der Generalversammlung geschieht durch Abstimmung der anwesenden Actionäre. Die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechtes müssen im Statute festgesetzt sein (Art. 209 Z. 9).[29]) Ist diesbezüglich im Gesellschaftsvertrage nichts bestimmt, so gewährt nach Art. 224 H. G. B. jede Actie dem Inhaber eine Stimme[30]), nicht aber schon ein jeder Actienantheil. Doch ist im Zweifel wohl anzunehmen, daß die sämmtlichen Antheile einer Actie zusammen in einer Hand vereinigt eine Stimme gewähren.[30a]) Es kann im Gesellschaftsvertrage die Ausübung des Stimmrechtes durch die vorherige Hinterlegung der Actien bedingt oder an einen größeren Besitz von Actien geknüpft sein, oder es kann auch bestimmt sein, daß Personen weiblichen Geschlechtes und bestimmte Personenclassen, wie Ausländer, der bürgerlichen Ehrenrechte Beraubte, von der Ausübung des Stimmrechtes ausgeschlossen sein sollen.

Zwar enthält das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß die Beschlüsse der Generalversammlung in der Regel mit absoluter Majorität gefaßt werden, allein es ergibt sich dies indirect aus Art. 209 Z. 10, wonach der Gesellschaftsvertrag die Gegenstände zu bestimmen hat, über welche nicht schon durch einfache, sondern durch eine größere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluß gefaßt werden kann.[31]) Die Majorität wird nicht nach der Anzahl aller Actienrechte der Gesellschaft, sondern nach der Anzahl der in der Generalversammlung vertretenen Actienrechte berechnet, denn es handelt sich nicht um die Stimmenmehrheit der Gesammtheit der Actionäre, sondern nur der in der Generalversammlung erschienenen Actionäre (Art. 209 Z. 10), d. h. der durch

29) Ung. H. G. §. 157 Z. 9; bosn. §. 162 Z. 9.

30) Auch nach deutschem Actienrechte (Art. 190) gewährt jede Actie das Stimmrecht; doch geht Art. 190 des deutschen Gesetzes über die Art. 190 u. 224 nach der noch in Oesterreich geltenden älteren Fassung insofern hinaus, als er bestimmt, daß dieses Stimmrecht nach Actienbeträgen ausgeübt werde, und sich sohin auch auf den Fall bezieht, in welchem Actien von ungleichen Beträgen ausgegeben sind. Eine Versagung des Stimmrechtes für gewisse Actien ist in Deutschland nicht mehr statthaft; nur diesbezügliche Statutenbestimmungen älterer Gesellschaften, die sich bei Inkrafttreten des neuen Actiengesetzes noch in Geltung befanden, sind aufrecht geblieben. (§. 4 des Ges. v. 18. Juli 1884.) Doch sind auch nach gegenwärtigem Rechte in Deutschland Beschränkungen der Ausübung des Stimmrechtes bis zu einem Höchstbetrage, oder nach Abstufungen od. Gattungen oder durch andere Bedingungen zulässig, wie z. B. daß kein Actionär mehr als eine Stimme haben dürfe. (Vgl. hiezu Behrend, Lehrb. d. H. R. §. 122, u. Note 2, 3, 4 daselbst.)

30a) v. Hahn, Comm. I. §. 6 zu Art. 224 Note 6. — Ueber die Vereinigung aller Actien einer Gesellschaft in Einer Hand s. Zimmmermann in Busch's Arch. XXXI. S. 222 ff.

31) Deutsches Actiengesetz Art. 209a Z. 5. Im ung. u. bosn. H. G. fehlt eine analoge Bestimmung; §. 190 des bosn. H. G. setzt als Regel die Beschlußfassung mit absoluter Majorität voraus.

dieselben vertretenen Zahl von Actienrechten. Und dies entspricht auch dem Wesen der Actiengesellschaft, insbesondere mit Rücksicht auf die zumeist große Anzahl und den steten Wechsel der Actionäre. Würde hier, wie bei der offenen Handelsgesellschaft oder der Commanditgesellschaft zum Zustandekommen jedes Willens, jedes Beschlusses der Gesellschaft Stimmeneinheit aller oder auch nur der in der Generalversammlung erschienenen Actionäre verlangt werden, so käme ein einiger Wille, eine einige Willenskundgebung dieser Gesellschaft fast nie zustande. Nur in besonders wichtigen Fällen schreibt daher das Gesetz Stimmeneinheit vor, so im Falle der Zweckänderung und bei Fusion der Gesellschaft mit einer anderen (Art. 215)[32]); jedoch kann auch in diesen beiden Fällen im Statute einfache Stimmenmehrheit als genügend bezeichnet werden (Art. 215). Da das H. G. B. keine Bestimmung enthält, was bei Stimmengleichheit zu geschehen habe, so gilt solchenfalls mangels einer statutarischen Vorschrift der Antrag als nicht angenommen.[33]) Jedoch kann auch in dieser Hinsicht das Statut anderes bestimmen[34]) sowie es auch gesetzlich zulässig ist, daß das Statut für einzelne Fälle eine größere oder besonders qualificirte Majorität vorschreibt (A. G. Art. 209 Z. 10).

Das Gesetz enthält keine Bestimmung, wie viele Actionäre in einer Generalversammlung anwesend bezw. wie viele Actienrechte in derselben vertreten sein müssen, damit diese beschlußfähig sei. Es wäre daher ex lege jede ordnungsmäßig berufene Generalversammlung ohne Rücksicht auf die Zahl der erschienenen Actionäre und der in ihr vertretenen Actienrechte beschlußfähig; jedoch verlangt der Gesellschaftsvertrag zur Beschlußfähigkeit der Generalversammlung in der Regel die Anwesenheit einer bestimmten Anzahl von Actionären oder die Vertretung eines bestimmten Theiles des Grundcapitals.

Bestritten ist, ob die Generalversammlung eine Statutenänderung beschließen kann, ohne hiezu im Statute ausdrücklich ermächtigt zu sein. Das Gesetz selbst läßt dies in vier Fällen ausdrücklich zu: 1. Die Generalversammlung kann die statutarisch bestimmte Dauer der Gesellschaft abkürzen, u. z. durch einen notariell oder gerichtlich beurkundeten Beschluß (Art. 242 Z. 2)[35]); 2. der nach Art. 248 zulässige, aber der

32) Nach deutschem Actienrechte ist für einen Beschluß der Generalversammlung auf Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens oder auf Fusion mit einer anderen Actiengesellschaft Dreiviertelmajorität erforderlich. (Art. 215 Abs. 2 u. 3.) Hiefür kann durch die Statuten keine andere geringere Mehrheit festgesetzt werden, wohl aber kann diese Majorität noch besonders qualificirt werden. (Art. 215 Abs 3.) Dies gilt auch dann, wenn mehrere Gattungen von Actien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben sind.

33) Behrend, H. R. I. §. 122 Note 17.

34) Fraglich aber ist es, ob mangels einer diesbezüglichen Vorschrift des Statutes die Generalversammlung beschließen könne, daß bei Stimmengleichheit das Loos entscheiden soll, wie Behrend (H. R. I. §. 122 Note 17) annimmt.

35) Ebenso ung. H. G. B. §. 201 Z. 2; bosn. §. 216 Z. 2. — Nach deutschem Actienrechte (Art. 242 Z. 2) bedarf ein solcher Beschluß einer Dreiviertelmajorität des in der Generalversammlung vertretenen Grundcapitals; und es kann der Gesellschaftsvertrag außerdem noch andere Erfordernisse dieser Dreiviertelmehrheit aufstellen.

staatlichen Genehmigung bedürfende Beschluß auf theilweise Rückzahlung des Grundcapitals birgt gleichfalls eine Statutenänderung in sich[36]); 3. dasselbe gilt, falls nicht statutarisch Anderes bestimmt ist, von dem mit Stimmeneinhelligkeit zu fassenden Beschlusse der Generalversammlung wegen Zweckänderung und 4. wegen Fusion mit einer anderen Actiengesellschaft (Art. 215).[37]) Wenn erwogen wird, daß die Statuten durch den Willen der Gesellschafter (Gründer) zustande gekommen sind, und daß die Generalversammlung das ordnungsmäßige Willensorgan der Gesellschaft ist, ihre Beschlüsse Gesellschaftswille sind, so ist wohl nicht zu bezweifeln, daß das durch den Willen der Gesellschaft (bezw. der Gründer) im Statute geschaffene Rechtsverhältniß durch eine neue Willenskundgebung der Gesellschaft, die aber selbstverständlich dem Wesen der Actiengesellschaft nicht widersprechen darf, abgeändert werden könne u. z. auch dann, wenn hiefür im Statute nicht vorgesorgt wäre, zumal, wie schon oben gesagt wurde, die Generalversammlung innerhalb der oben besprochenen durch das Wesen der Actiengesellschaft, durch Gesetz und Vertrag gezogenen Grenzen, für alle Gesellschaftsangelegenheiten competent ist. Ebenso ist es aber auch nicht zu bezweifeln, daß eine Bestimmung der Statuten, welche für einen bestimmten Fall eine qualificirte Majorität verlangt, eben nur durch eine ebenso qualificirte Mojorität abgeändert werden kann.[38])

Es steht den Actionären und dem Vorstande zu, ungiltige oder ordnungswidrig zustande gekommene Beschlüsse der Generalversammlung im Wege der gerichtlichen Klage anzufechten. Die durch rechtskräftig gewordenes gerichtliches Urtheil für ungiltig erklärten Beschlüsse gelten als nicht vorhanden, jene aber, rücksichtlich deren die Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen wurde, als nunmehr unanfechtbar.[39])

Damit den über die Beschlüsse der Generalversammlung aufgenommenen Protokollen die Beweiskraft öffentlicher Urkunden zukomme, müssen sie von einem Notar unter Angabe des Ortes und der Zeit der Versammlung aufgenommen und darin die gefaßten Beschlüsse, sowie alle in Gegenwart des Notars in dieser Versammlung stattgehabten Vorgänge und abgegebenen Erklärungen, welche für die Beurtheilung der Regelmäßigkeit des Vorganges von Erheblichkeit sind, genau angeführt werden. Das Protokoll ist vom Vorsitzenden der Versammlung und zwei anderen Mitgliedern der Versammlung zu unterfertigen. Sind dem Notar der Vorsitzende oder andere im Protokolle genannte in der Generalversammlung anwesende Personen nicht bekannt, so kann in dem Protokolle auch die Bestätigung über die Identität derselben aufgenommen

36) Vgl. deutsches Actiengesetz Art. 248; ung. H. G. §. 209; bosn. §. 224, nach welchen drei Gesetzen jedoch eine staatliche Genehmigung nicht erforderlich ist.

37) S. Note 32.

38) War z. B. statutarisch für die vorzeitige Auflösung eine Zweidrittelmajorität erforderlich, so kann auch eine Aenderung dieser statutarischen Bestimmung (Art. 242 Z. 2) nur durch eine Zweidrittelmajorität beschlossen werden. — Ausdrücklich ist dies ausgesprochen im bosn. H. G. B. §. 190.

39) Näheres s. Behrend, H. R. I. §. 123 Nr. II.

werden. Mangels einer solchen Bestätigung haftet der Notar für die Identität dieser Personen (§§. 76 lit. g, 87, 79 Notar. Ordg.). Ausdrücklich erwähnt ist im Gesetze die notarielle oder gerichtliche Beurkundung nur in Art. 242 Z. 2 bei Auflösung der Gesellschaft durch Beschluß der Generalversammlung.

§. 74.

3. Der Vorstand.[1])

I. Das zweite nothwendige Organ der Actiengesellschaft ist der Vorstand, auch Direction genannt.[2]) Wie die Generalversammlung das Willensorgan der Gesellschaft, so ist der Vorstand das handelnde Organ derselben. Er ist berechtigt und verpflichtet zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Gesellschaft (Art. 227 Abs. 1)[3]), sowie zur Geschäftsführung für dieselbe (Art. 230).[4]) In der Bestellung des Vorstandes liegt dessen Bevollmächtigung; die Grenzen seiner Befugnisse aber setzen Statut und Generalversammlung fest. Der Vorstand, dessen Zusammensetzung das Statut zu bestimmen hat (Art. 209 Z. 7)[5]), kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen, die nicht Actionäre sein müssen und die besoldet sein können, sei es durch Honorar oder durch Tantièmen, d. i. bestimmte, in der Regel in Procenten ausgesprochene Antheile an dem Reingewinne der Gesellschaft.

Zur Gesellschaft treten die Mitglieder des Vorstandes in ein Dienstverhältniß, bezw. auch in ein Mandatsverhältniß im weiteren Sinne. Der Inhalt dieses Dienstverhältnisses ergibt sich zum Theil aus den gesetzlichen Vorschriften, zum Theil aus den eventuellen Anstellungsverträgen, den Generalversammlungsbeschlüssen oder dem Statute.[6])

II. Die Bestellung des ersten Vorstandes erfolgt durch die Gründer, die der späteren durch die Generalversammlung, da jedoch das Gesetz eine diesbezügliche Bestimmung nicht enthält, ist in dieser Hinsicht dem Gesellschaftsvertrage freier Spielraum gelassen, wovon auch ausgedehntester Gebrauch gemacht wird.

Diese Wahl der Vorstandsmitglieder kann auf bestimmte und unbestimmte Zeit (auch auf Lebenszeit) geschehen. Die Bestellung des Vorstandes ist jederzeit widerruflich (Art. 227 Abs. 3)[7]), da seine Stellung

1) Außer den Commentaren u. Hand- u. Lehrbüchern vgl. noch Jolly in Ztschr. f. deutsches Recht XI. S. 369 ff.; Renaud, Act.-Gesellsch. §. 56 f.; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 690, 701 f.; Hergenhahn, Der Vorstand der Actiengesellschaft (1893).

2) Auch Verwaltungsausschuß, Administration, Verwaltungsrath (vgl. z. B. Statuten der k. k. priv. Kaiser Ferdinands-Nordb. §. 31) genannt.

3) Vgl. Art. 227 deutsches Act.-Ges.; §. 186 ung., §. 198 bosn. H. G.

4) Gleichlautend Art. 230 deutsches Act.-Ges.; vgl. §. 188 ung., §. 200 bosn. H. G.

5) Ebenso D. Act. Ges. Art. 209 Z. 5; vgl. ung. H. G. §. 157 Z. 10, bosn. §. 162 Z. 10. [Note 13.

6) Vgl. Behrend, H. R. I. §. 124

7) Gleichlautend deutsches Act. Ges. Art. 227 Abs. 3; vgl. ung. H. G. §. 183 Abs. 2; bosn. §. 194 Abs. 2. — Nach ung. H. R. (§. 183 Abs. 1) kann die Bestellung des ersten Vorstandes, welche durch die Gründer erfolgt, nur für höchstens drei Jahre geschehen; ebenso bosn. H. G. §. 195.

eine Vertrauensstellung ist, und die Actionäre wohl nicht gezwungen werden können, einen Vorstand zu behalten, zu welchem sie kein Vertrauen mehr haben. Eine im Gesellschaftsvertrage aufgenommene Bestimmung entgegengesetzten Inhaltes wäre unwirksam. Schwieriger gestaltet sich die Frage nach der Realisirung dieses Widerrufsrechtes. Zunächst wäre allerdings der Aufsichtsrath ermächtigt, eine Generalversammlung einzuberufen. Wie aber, wenn die Mehrheit des Aufsichtsrathes sich weigert, eine Generalversammlung einzuberufen? Dann kann allerdings, wenn eine den zehnten Theil des Grundcapitals repräsentirende Anzahl von Actionären einverstanden ist, über deren Antrag eine außerordentliche Generalversammlung einberufen werden. Doch steht es in diesem Falle, wie bereits oben (§. 73) bemerkt wurde, im Belieben des Vorstandes, wann er diese außerordentliche Generalversammlung einberufen will. Unterläßt nun der Vorstand die Einberufung der außerordentlichen Generalversammlung, so erübrigt den Actionären nichts als die nächste ordentliche Generalversammlung abzuwarten. Aber auch bei dieser wird kein Beschluß rücksichtlich der Absetzung des Vorstandes oder einzelner Mitglieder desselben gefaßt werden können, da der Vorstand, der sich weigerte, die Generalversammlung einzuberufen, wohl kaum diesen Gegenstand auf die Tagesordnung setzen dürfte. Es könnte also in dieser Generalversammlung nur die Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung beschlossen werden, und erst in letzterer könnte über den Widerruf der Bestellung des Vorstandes oder einzelner Mitglieder desselben Beschluß gefaßt werden. Bis dahin hätte der Vorstand noch immer volle Machtbefugniß, für die Gesellschaft zu handeln, deren Vertrauen er verloren hat. Ebenso steht es rücksichtlich einer gegen den Vorstand zu erhebenden Klage, denn auch zu dieser bedarf es eines Beschlusses einer Generalversammlung. Andererseits muß es dem Vorstande zustehen, zu kündigen und von seiner Stellung zurückzutreten. In dieser Hinsicht ist der mit den Vorstandsmitgliedern abgeschlossene Vertrag maßgebend.[8])

III. Die Mitglieder des Vorstandes sowie jeder Wechsel in denselben müssen zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden (Art. 228 Abs. 1 und Art. 233 Abs. 1)[9]). Vor der Eintragung in das Handelsregister kann der eingetretene Wechsel in den Mitgliedern des Vorstandes einem Dritten gegenüber nur dann geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft zu beweisen vermag, daß diese Aenderung dem Dritten beim Abschlusse des Geschäftes bekannt war. Die registrirte und publicirte Aenderung der Mitglieder jedoch muß der Dritte gegen sich gelten lassen, sofern nicht durch die Umstände die Annahme begründet ist, daß er diese Aenderung beim Abschlusse des Geschäftes weder gekannt habe, noch habe

---

8) Wenn die Statuten keine diesbezüglichen Normen enthalten, und auch kein Vertrag mit dem Vorstande bezw. den Mitgliedern des Vorstandes abgeschlossen wurde, darf der Vorstand wohl nicht unzeitig d. i. anders als mit Ablauf des Geschäftsjahres kündigen.

9) Vgl. Art. 228 und 233 deutsches Act. Ges. und §. 184 ung., §. 196 bosn. H. G.

kennen müssen (Art. 233 u. 46)[10]. Der Anmeldung ist die Legitimation der Vorstandsmitglieder beizufügen (Art. 228 Abs. 1)[11], deren Form der Gesellschaftsvertrag zu bestimmen hat (Art. 209 Abs. 7).[12] Zugleich haben die Mitglieder des Vorstandes ihre Unterschrift vor dem Handelsgerichte (bezw. den zur Handelsgerichtsbarkeit befugten Gerichte) persönlich zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen (Art. 228 Abs. 2).[13]

Es unterliegt keinem Zweifel, daß, sofern es sich um die Anmeldung des ersten Vorstandes handelt, diese Erfüllung der erwähnten Registerpflichten eben diesem ersten Vorstande selbst obliegt. Treten Aenderungen innerhalb des Vorstandes ein, so ist zu unterscheiden, ob es sich um den Eintritt oder Austritt (Absetzung) eines Vorstandsmitgliedes handelt. Der Eintritt eines neuen Mitgliedes in den Vorstand, sei es an Stelle eines austretenden, sei es als Vermehrung der Zahl der Vorstandsmitglieder, in welchem letzteren Falle es selbstverständlich einer Statutenänderung bezw. eines Generalversammlungsbeschlusses bedarf, ist von dem zur Zeit des Eintrittes bestehenden Vorstande anzumelden, und es ist Zeichnung und Legitimation des neuen Mitgliedes in der vorgeschriebenen Weise zur Kenntniß der Registerbehörde zu bringen. Im Falle der Absetzung oder des Austrittes einer oder mehrerer Mitglieder des Vorstandes sind die zurückbleibenden Mitglieder des bisherigen Vorstandes der Gesellschaft zur Anmeldung beim Register verpflichtet. Der Austritt eines bisherigen Vorstandsmitgliedes ist, wenn an dessen Stelle zugleich ein neues Mitglied tritt, zugleich mit dem Eintritte des neuen Mitgliedes von den zurückgebliebenen alten und dem neu hinzugetretenen Mitgliede des Vorstandes anzumelden. Werden alle Mitglieder des Vorstandes ihres Amtes enthoben und durch neue ersetzt, so obliegt die Ab- bezw. Anmeldung dem neuen Vorstande. Dieser hat die Absetzung bezw. den Rücktritt des bisherigen Vorstandes sowie seine eigene Bestellung der Registerbehörde anzumelden.

Zur Befolgung der hier erörterten Vorschriften wegen Anmeldung (Abmeldung), Legitimation und Zeichnung sind die Mitglieder des Vorstandes von Amtswegen vom Registergerichte durch Ordnungsstrafen zu verhalten (Art. 228 Abs. 3, Art. 233 Abs. 1 H. G. B.; §§. 12 u. 13 Einf. Ges. z. H. G. B.).[14]

IV. Der Vorstand ist Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan der Actiengesellschaft. Die ihm hiebei zukommenden Rechte und obliegenden Pflichten sind durch Gesetz, Gesellschaftsvertrag und Generalversammlung festgesetzt, jedoch in der Weise, daß seine Vertretungsbefugniß ähnlich jener des Procuristen, nach außen hin eine unbeschränkte und unbeschränkbare

10) Dasselbe gilt nach deutschem Rechte (Art. 233 Abs. 2) und nach ung. H. G. (§. 184 Abs. 3) und bosn. H. G. (§. 196 Abs. 3).

11) Ebenso deutsches Act. R. (Art. 228 Abs. 1 unverändert). Im ung. u. bosn. H. G. fehlt ein diesbezüglicher Satz.

12) Dies wird nicht verlangt im deutschen Actienrechte (Art. 209), im ung. (§. 157) und bosn. H. G. (§. 162).

13) Ebenso nach deutschem Actienrechte (Art. 228 Abs. 2), ung. H. G. (§. 184 Abs. 1), bosn. H. G. (§. 196 Abs. 1).

14) Eine solche Strafbestimmung fehlt im deutschen Act. Ges. und im ung. u. bosn. H. G.

ist.[15]) Diesbezügliche Beschränkungen haben nach Art. 231 Abs. 2[16]) Dritten[17]) gegenüber keinerlei rechtliche Wirkung, so insbesondere nicht die Beschränkung, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften erstrecken, oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder daß für einzelne Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung, eines Verwaltungsrathes, eines Aufsichtsrathes oder eines anderen Organes der Actionäre erforderlich ist.[18]) Es ist wohl selbstverständlich, daß auch Dritten gegenüber die Vertretungsbefugniß auf solche Handlungen beschränkt ist, welche innerhalb des Bereiches einer Actiengesellschaft überhaupt liegen[19]), sowie auch, daß die Vertretungsbefugniß des Vorstandes sich auch auf solche Geschäfte und Rechtshandlungen bezieht, für welche es nach bürgerlichem Rechte einer Specialvollmacht bedarf.[20])

Die vom Vorstande für die Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigen und verpflichten diese unmittelbar. Nicht aber werden die Mitglieder durch die von ihnen für die Gesellschaft und in deren Namen vorgenommenen Rechtshandlungen Dritten gegenüber persönlich berechtigt oder verpflichtet (Art. 241 Abs. 1)[21]), wie sich aus ihrer Stellung als Vertreter (Bevollmächtigte) der Gesellschaft ergibt. Es ist hiebei gleichgiltig, ob das einzelne Geschäft, die einzelne Rechtshandlung ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Contrahenten für die Gesellschaft abgeschlossen werden sollte (Art. 230).[22]) Nur dann haften die Mitglieder

---

15) Siehe hierüber Behrend, H. R. I. §. 125 Note 1; Stubenrauch, H. R. §. 128 Nr. 2.

16) Ebenso deutsches Act. R. (Art. 231 Abs. 2), ung. (§. 190) u. bosn. H. G. (§. 203).

17) Als Dritte im Sinne des Gesetzes sind auch Procuristen, Handlungsbevollmächtigte, Handlungsgehilfen, Beamte, Actionäre der Gesellschaft anzusehen. Näheres s. Behrend, H. R. I. §. 125 Note 3.

18) Die Beschränkungen der Vertretungsbefugnisse des Vorstandes einer bereits vor dem Beginne der Wirksamkeit des H. G. B. bestandenen Actiengesellschaft hatten mit Ablauf einer Frist von drei Monaten, vom Tage des Inkrafttretens des H. G. B. an gerechnet (§. 53 Einf. Ges.), und im Falle die auf die Actiengesellschaft bezügliche Eintragung in das neue Handelsregister früher erfolgt war, schon mit der Bekanntmachung dieser Eintragung, und zwar dritten Personen gegenüber ihre rechtliche Wirkung verloren, wenn nicht innerhalb dieser Frist oder im zweiten Falle gleichzeitig mit der Eintragung das von den Bestimmungen des H. G. B. abweichende Vertretungsverhältniß zur Eintragung in das neue Handelsregister angemeldet und bekannt gemacht worden war. Doch auch diesfalls erlischt die rechtliche Wirkung dieser Beschränkung gegen Dritte mit Ablauf von fünf Jahren vom Tage des Beginnes der Wirksamkeit des H. G. B. (§. 57 Einf. Ges.).

19) Vgl. Behrend, H. R. I. §. 125, Note 4.

20) Vgl. Behrend, H. R. I. §. 125 Note 4 am Ende.

21) Als solche Handlungen gelten auch die Berichte des Vorstandes an die Generalversammlung, durch welche der klagende Dritte zur Betheiligung an dem Unternehmen verleitet wurde. (Adler-Clemens IV. Nr. 764.) — Dieselbe Bestimmung wie im H. G. B. findet sich auch im deutschen Actiengesetze (Art. 241 Abs. 1), ung. H. G. §. 188 Abs. 2, bosn. §. 200 Abs. 2.

22) Ebenso deutsches (Art. 230), ung. (§. 188 Abs. 1), bosn. (§. 200 Abs. 1) Recht.

des Vorstandes dritten Personen gegenüber persönlich und solidarisch, wenn sie den Vorschriften des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages, insofern diese zum Schutze Dritter bestimmt sind, entgegenhandeln: insbesondere also wenn sie gegen die Vorschrift des Art. 217 Dividenden und Zinsen an die Actionäre zahlen, d. h. überhaupt feste Zinsen, oder Dividenden im Falle einer passiven Bilanz, oder wenn sie zu einer Zeit noch Zahlungen für die Gesellschaft leisten, in welcher ihnen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft bereits bekannt war oder bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit hätte bekannt sein müssen (Art. 241).[23])

Der Vorstand hat seine für die Gesellschaft abzugebenden schriftlichen Willenserklärungen in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form kundzugeben und zu zeichnen. Ist aber nichts Näheres rücksichtlich der Zeichnung im Statute bestimmt, so müssen sämmtliche Mitglieder des Vorstandes zeichnen (Art. 229 Abs. 1)[24]), so daß mangels anderer Bestimmungen Collectivvertretung vermuthet wird.[25]) Die Zeichnung geschieht in der Weise, daß die Zeichnenden zu der Firma der Gesellschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Namensunterschriften hinzufügen (Art. 229 Abs. 2).[26]) Dasselbe Princip wie bei schriftlichen Willenserklärungen gilt auch für mündlich abgeschlossene Geschäfte. Es ist aber nicht nothwendig, daß die Mitwirkung aller bezw. der betreffenden Mitglieder des Vorstandes bei Abgabe der Willenserklärung der Gesellschaft selbst bethätigt werde, sondern es können die einzelnen Mitglieder schon im voraus oder auch nachher ihre Zustimmung zu der von einzelnen Vorstandsmitgliedern

---

23) Auch nach deutschem Actienrechte haften Mitglieder des Vorstandes, welche ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden; insbesondere wenn mit ihrem Wissen und ohne ihre Einsprache entgegen der gesetzlichen Bestimmung 1. Einlagen an die Actionäre zurückgezahlt, 2. Zinsen oder Dividenden gezahlt, 3. eigene Actien oder Interimsscheine der Gesellschaft erworben, zum Pfande genommen od. amortisirt werden, 4. Actien vor Leistung des Nominalbetrages oder des im Vertrage oder in der Generalversammlung festgesetzten höheren Betrages als des Nominalbetrages oder Actien oder Interimsscheine im Falle einer stattgefundenen Erhöhung des Grundcapitals vor Eintragung derselben in das Handelsregister desjenigen Gerichtes, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, ausgegeben sind, 5. die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens, eine theilweise Zurückzahlung oder Herabsetzung des Grundcapitals oder endlich im Falle der Fusion mit einer anderen Actiengesellschaft eine Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften erfolgt ist, sowie wenn nach der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung der Gesellschaft eine Zahlung geleistet wurde. (Art. 241 Abs. 3, Art. 226 Z. 1—5, 240 Abs. 2, 209a Z. 2, 215a Abs. 2.) In diesen Fällen kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser nicht ihre Befriedigung erhalten, selbständig geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber dadurch nicht aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht. Die diesbezüglichen Ansprüche verjähren in fünf Jahren. (Art. 241 Abs. 4 u. 5.) — Vgl. ung. H. G. §. 189 Abs. 2, bosn. §. 201 Abs. 2.

24) Vgl. Behrend, H. R. I. §. 125 (S. 845), insbes. Note 11.

25) Gleichlautend Art. 229 Abs. 1 deutsches Act. Ges.; vgl. ung. H. G. §. 185 Abs. 1, bosn. §. 197 Satz 1.

26) Gleichlautend Art. 229 Abs. 2 deutsches Act. Ges.; vgl. ung. H. G. §. 185 Abs. 2, bosn. §. 197 Abs. 2.

abgegebenen Willenserklärung kundgeben.[27]) Es ist quaestio facti, in wie weit eine solche Zustimmung specialisirt sein muß. Sie muß nämlich stets als Mitwirkung bei dem betreffenden Geschäfte erkennbar sein, darf daher nicht lediglich in einer generellen Ermächtigung bestehen, wodurch ja der Zweck des Gesetzes vereitelt würde.[28])

Der Vorstand hat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten (Art. 227 Abs. 1)[29]), kann im Namen der Gesellschaft klagen und verklagt werden. Auch hier gilt rücksichtlich der Frage der Collectivvertretung bezw. der Vertretung durch einzelne Mitglieder des Vorstandes das oben rücksichtlich der Aeußerung einer Willenserklärung der Gesellschaft Gesagte. Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an ein Mitglied des Vorstandes, welches zu zeichnen oder mitzuzeichnen berechtigt ist, erfolgt (Art. 235).[30]) Eide Namens der Gesellschaft werden vom Vorstande derselben geleistet (Art. 232)[31]), hiemit ist aber nicht gesagt, daß die Eide Namens der Gesellschaft durch den ganzen Vorstand abgelegt werden müssen; es kann ganz wohl im concreten Falle der Richter das eine oder andere Vorstandsmitglied hiezu bestimmen.[32])

Als geschäftsführendes Organ der Gesellschaft ist der Vorstand nach innen hin d. h. im Verhältniß zur Gesellschaft an die Beschränkungen gebunden, welche im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sind bezw. welche ihm von der Generalversammlung, deren Weisungen er befolgen muß, auferlegt werden (Art. 231 Abs. 1).[33]) Für die Außerachtlassung dieser Beschränkungen sind alle Vorstandsmitglieder persönlich verantwortlich und persönlich

---

27) Behrend, H. R. I. §. 125 (S. 844, 845).

28) Behrend, H. R. I. §. 125 (S. 845) u. die dort in Note 10 citirten Judicate.

29) Ebenso deutsches Recht (Art. 227 Abs. 1), ung. (§. 186 Abs. 1) und bosn. Recht (§. 198 Abs. 1). — Die Betriebsdirection einer Actien-(Eisenbahn-)Gesellschaft ist ohne specielle Vollmacht seitens des den Vorstand bildenden Verwaltungsrathes zur Vertretung der Gesellschaft vor Gericht nicht berechtigt. (Adler-Clemens, Entsch. I. Nr. 23.)

30) Ebenso ung. H. G. §. 186 Abs. 2, bosn. H. G. §. 198 Abs. 2. — Auch nach gegenwärtigem deutschen Actienrecht gilt dasselbe. Das Actiengesetz enthält zwar keine Bestimmung, wie früher Art. 235 H. G. B., allein §. 157 der deutschen Reichs-Civil-Pr.-O. verfügt dasselbe; vgl. Ring, Comm. z. Act. Ges. S. 503; Petersen-Pechmann, Comm. z. Act. Ges. (Suppl. zu Puchelt's Comm.) S. 479.

31) Der der Actiengesellschaft ohne Bezeichnung einer bestimmten physischen Person aufgetragene Eid ist nicht durch einen Bevollmächtigten (Adler-Clemens III. Nr. 494), und nicht durch einen Procuristen (ebenda IV. Nr. 755), sondern durch den Vorstand abzulegen (Adler-Clemens III. Nr. 494) u. z. durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes (Adler-Clemens IV. Nr. 694, V. Nr. 800). Das gegenwärtige deutsche Actienrecht enthält diesbezüglich keine Norm; es gelten daher die einschlägigen Bestimmungen des Civilproceßrechtes (deutsche Civ. Proc. O. §§. 434, 436, 438, 439, 435). Auch das ung. u. bosn. H. G. enthalten keine dem Art. 232 H. G. entsprechende Bestimmung.

32) Auch ein dem Processe als Vertretungsleister beitretender Beamter der Gesellschaft kann den Eid der klagenden Actiengesellschaft ablegen (Adler-Clemens IV. Nr. 654).

33) Ebenso Art. 231 Abs. 1 deutsches Act. Ges.; §. 189 Abs. 1 des ung. und §. 201 Abs. 1 des bosn. H. G.

und solidarisch haftungs- und schadenersatzpflichtig. Da es der Actiengesellschaft nach Art. 234 gestattet ist, auch andere Personen als die Vorstandsmitglieder zu bevollmächtigen und mit der Geschäftsführung — eventuell innerhalb einer bestimmten Grenze — zu betrauen, sohin auch Procuristen zu ernennen[34]) (s. unten §. 76, I.), so kann auch der Vorstand vermöge seiner unbeschränkten Vollmacht einen solchen Bevollmächtigten bezw. Procuristen bestellen.[35])

Wenn nicht im Gesellschaftsvertrag anderes bestimmt ist, sind sämmtliche Mitglieder des Vorstandes zu gemeinsamer (collectiver) Geschäftsführung verpflichtet und berechtigt. Allerdings ist dies im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen; es ergibt sich dies aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß, wenn ein Amt mehreren Personen übertragen ist, im Zweifel jedes Mitglied alle mit diesem Amte verbundenen Pflichten übernimmt[36]), wie andererseits auch jedes Mitglied des Vorstandes zur Ausübung aller dem Vorstande zustehenden Rechte in Verbindung mit den übrigen Vorstandsmitgliedern auszuüben befugt ist. Insbesondere haben die Anmeldungen zum Handelsregister und die Aufstellung der Bilanz durch alle Vorstandsmitglieder gemeinschaftlich zu geschehen, was auch durch die Statuten nicht abgeändert werden kann. Abgesehen hievon können nicht nur im Gesellschaftsvertrage, sondern auch durch Beschlüsse der Generalversammlung Abweichungen von der Collectiv-Geschäftsführung geschehen, u. z. in der verschiedensten Art, sei es daß die Befugniß zur Geschäftsführung nur einzelnen Vorstandsmitgliedern oder jedem für sich übertragen wird, oder daß die Geschäftsführung auch nach Geschäftszweigen oder -Verrichtungen getheilt ist. Die Mitglieder des Vorstandes haften aus ihrer Geschäftsführung solidarisch und persönlich für allen durch Ueberschreitung der ihnen gesetzten Grenze entstandenen Schaden der Gesellschaft gegenüber, nicht aber den einzelnen Actionären. Ihre Haftung entfällt daher, wie bereits oben (§. 73, I.) bemerkt wurde, wenn die in Betracht kommende Handlung oder Unterlassung entweder auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht, oder nachträglich durch die Generalversammlung genehmigt wurde. Eine Haftung aus der Geschäftsführung ist auch die oben erwähnte Schadenersatzpflicht im Falle der Auszahlung von festen Zinsen, oder einer Dividende bei passiver Bilanz, oder bei Zahlungen in fraudem creditorum, wenn den Vorstandsmitgliedern bereits die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft bekannt ist. Aber der hieraus den Gesellschaftsgläubigern erwachsende Anspruch gegen den Vorstand kann weder

---

34) Vgl. hiezu v. Hahn, Comm. I. §§. 5, 6, 7 zu Art. 234.

35) v. Hahn, Comm. I. (3. Aufl.) §. 7 zu Art. 234; nach gegenwärtigem deutschen Actienrechte (Art. 234) bedarf es zur Bestellung eines Procuristen durch den Vorstand, falls nicht in den Statuten oder durch Generalversammlungsbeschluß Anderes bestimmt ist, der Zustimmung des Aufsichtsrathes. Diese Beschränkung hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung. (Vgl. hiezu Behrend, H. R. I. §. 126 Note 2; Ring, Comm. S. 525; Petersen-Pechmann, Comm. S. 507.) Dem Art. 234 H. G. B. entsprechen §. 193 ung. und §. 206 bosn. H. G.

36) Behrend, H. R. I. §. 126 Note 3.

durch vorhergehenden noch durch nachträglichen Beschluß der Generalversammlung beseitigt werden.

Zum Zwecke einer geregelten Verwaltung hat der Vorstand für ordentliche Führung der erforderlichen Bücher der Gesellschaft Sorge zu tragen (Art. 239 Abs. 1).[37])

Weiters obliegt ihm, spätestens in den ersten 6 bezw. 12 Monaten nach Ablauf eines jeden Geschäftsjahres eine Bilanz eben dieses verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen (Art. 239 Abs. 1 und §. 35 Einf. Ges.)[38]). Der Umstand, daß zur Zeit der Errichtung der Bilanz noch nicht alle Geschäfte abgewickelt sind, ist in dieser Hinsicht ohne Einfluß, weil es sich hiebei nicht um eine schließliche Auseinandersetzung der Gesellschaft, sondern um eine Bilanz handelt, welche nie ganz zutreffend sein kann, sondern in vielen Punkten auf beiläufigen Schätzungen beruhen muß.[39]) Da ferner die Bilanz meist nur die Gesammtsumme der Activen und Passiven gibt, so ermöglicht sie in der Regel keine klare Einsicht in die Vermögenslage der Gesellschaft. Es ist den Statuten überlassen, Vorsorge zu treffen, um die Actionäre entsprechend zu schützen. Die vorgelegte Rechnung ist behufs Entlastung des Vorstandes (sog. Absolutorium) zu prüfen. Diese Prüfung erfolgt durch den Aufsichtsrath oder durch hiezu in der Generalversammlung von den Actionären gewählte Censoren. Hiezu können jedoch Personen nicht bestellt werden, welche auf irgend eine Weise an der Geschäftsführung Theil nahmen, wohl aber solche Personen, welchen die Aufsicht über die Geschäftsführung zusteht, weßhalb auch die Mitglieder des Aufsichtsrathes hiezu gewählt werden können.

Zur Geschäftsführung des Vorstandes gehört ferner auch die oben erwähnte Pflicht zur Einberufung der im Gesetze vorgeschriebenen Generalversammlungen, zu Anmeldungen zum Register und, falls im Statut oder

---

37) Gleichlautend Art. 239 Abs. 1 in der Fassung des deutschen Gesetzes; ebenso §. 198 ung. und §. 208 bosn. H. G.

38) Nach deutschem Actienrechte (Art. 239 Abs. 2) muß in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Frist, welche über die ersten sechs Monate des Geschäftsjahres nicht erstreckt werden kann, und in Ermangelung einer solchen Frist in den ersten drei Monaten desselben für das verflossene Geschäftsjahr eine Bilanz, eine Gewinn- u. Verlustrechnung, sowie ein den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnder Bericht dem Aufsichtsrathe und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorgelegt werden. Diese Vorlagen haben mindestens zwei Wochen vor der Generalversammlung im Geschäftslocale der Gesellschaft zur Einsicht der Actionäre aufzuliegen, und es ist jeder Actionär berechtigt, auf seine Kosten eine Abschrift der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, sowie des Geschäftsberichtes zu verlangen. — Nach ung. H. G. (§. 198) und bosn. H. G. (§ 208) ist die Direction (Vorstand) verpflichtet, die vom Aufsichtsrath geprüfte Jahresbilanz mit dem der Generalversammlung vorzulegenden Bericht acht Tage vor der Generalversammlung zu veröffentlichen und sodann ein Exemplar der von der Generalversammlung genehmigten Bilanz im Original dem competenten Gerichte unverzüglich vorzulegen. Jedermann ist berechtigt, in die vorgelegte Bilanz Einsicht zu nehmen. Zur Befolgung dieser Bestimmungen sind die Mitglieder der Direction durch Ordnungsstrafen u. z. nach ung. Ges. bis zu 500 fl. (§§. 198 u. 21) und nach bosn. Ges. bis zu 1000 fl. (§. 229 Z. 1) zu verhalten.

39) Protokolle S. 354.

in einem Nachtragsvertrage nichts Anderes bestimmt ist, zur Liquidation und Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens.

V. Mitglied des Vorstandes kann sein, wer handlungs- und verpflichtungsfähig[40]), und nicht Mitglied des Aufsichtsrathes ist[41]) (s. unten §. 75 Nr. III.).

§. 75.

4. Der Aufsichtsrath.[1])

I. Das Handelsgesetzbuch erwähnt zwar den Aufsichtsrath (Art. 225, 226, 231), erklärt denselben aber nicht als ein nothwendiges Organ der Actiengesellschaft.[2]) Begrifflich ist der Aufsichtsrath, wie sein Name besagt, ein controlirendes Organ; ihm obliegt es daher, die Geschäftsführung der Gesellschaft zu überwachen, damit keine gesetzliche Bestimmung, keine Vorschrift des Statutes, kein Gesellschaftsinteresse verletzt werde. Zu diesem Zwecke räumt ihm das Gesetz das Recht ein, sich jederzeit vom Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einzusehen und den Bestand der Gesellschaftscasse zu untersuchen, und macht ihm zur Pflicht, die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und hierüber der Generalversammlung alljährlich zu berichten (Art. 225, Abs. 1 u. 2). Der Aufsichtsrath hat, wie dies bereits oben (§. 73) erwähnt wurde, die Pflicht, wenn es das Interesse der Gesellschaft erheischt, eine Generalversammlung zu berufen (Art. 225 Abs. 3). Endlich ist der Aufsichtsrath ermächtigt, von der Generalversammlung beschlossene Processe gegen Mitglieder des Vorstandes zu führen (Art. 226, 194). Er kann aber auch selbständig und in eigenem Namen, ohne, selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung, gegen den Vorstand klagen, wenn seine eigene Verantwortlichkeit in Frage kommt (Art. 194).

Im Falle der Proceßführung gegen die Mitglieder des Aufsichtsrathes, werden hiezu Bevollmächtigte von der Generalversammlung oder, falls dies aus irgend einem Grunde nicht möglich ist, durch das Handels-

---

40) Nach bosn. H. G. §. 212 ist ausgeschlossen: 1. wer wegen eines Verbrechens oder wegen eines aus Gewinnsucht begangenen Vergehens verurtheilt wurde, für die Dauer der Strafe und ihrer Rechtsfolgen; 2. der Cridatar oder der zur selbständigen Vermögensverwaltung rechtlich Unfähige. Durch den Eintritt einer dieser Fälle ist das Recht zur Mitgliedschaft von selbst erloschen; der Betreffende ist seitens des Gerichts — eventuell von Amtswegen — aus der Reihe der Mitglieder der Direction zu streichen.

41) So bestimmt ausdrücklich Art. 225a des deutschen Act. Ges.

1) Renaud, Act. Ges. S. 625; Commanditges. S. 259 ff.; Keyßner, Actiengesellschaften S. 164 ff.; Loewenfeld, Das Recht der Actiengesellschaften S. 254 ff. und in Ztschr. f. H. R. XXX. S. 125 ff.; Perl in Gruchot's Beitr. XXVII. S. 338 ff., 621 ff.; Bauer, Aufsichtsrath (1892) und die mehrfach cit. Comm. von Ring und Petersen-Pechmann.

2) Nach gegenwärtigem deutschen Rechte (Art. 209 f.) ist der Aufsichtsrath ein nothwendiges Organ; ebenso nach ung. (§§. 157 Z. 11, 194 ff.) u. bosn. (§§. 162 Z. 11, 209 ff.) H. R.; es genügt, daß ein mit den Functionen des Aufsichtsrathes bekleidetes Organ besteht, auf den Namen kommt es nicht an (Behrend, H. R. I. §. 127 Note 3). Diese drei Gesetzgebungen enthalten auch eingehendere Vorschriften über die Organisation und die Functionen des Aufsichtsrathes sowie über dessen Befugnisse und Pflichten.

gericht ernannt (Art. 226, 195). Jeder Actionär kann als Intervenient auf seine Kosten in den Proceß eintreten (Art. 226, 195).

II. Das Statut kann nähere Bestimmungen über die Pflichten und Rechte des Aufsichtsrathes, sowie über dessen Zusammensetzung enthalten, insbesondere auch über die Vertheilung der Geschäfte unter die einzelnen Mitglieder, sowie über eine etwaige Vergütung für die Mitglieder des Aufsichtsrathes.

III. Mitglied des Aufsichtsrathes kann Jeder sein, der handlungs- und verpflichtungsfähig ist[3]); er muß nicht Actionär sein. Die Stellung des Vorstandes und Aufsichtsrathes bringt es mit sich, daß Mitglieder des Aufsichtsrathes nicht zugleich auch Mitglieder des Vorstandes oder dauernd Stellvertreter derselben sein können.[4])

§. 76.

5. Bevollmächtigte und Beamte bezw. Hilfspersonen der Actiengesellschaft.

I. Naturales Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan ist der Vorstand (Art. 227); jedoch kann die Vertretung der Gesellschaft bezw. der Betrieb von Geschäften auch einzelnen sachkundigen Personen als Bevollmächtigten bezw. als Beamten der Gesellschaft übertragen werden. Das H. G. B. erwähnt dieselben in Art. 234.[1]) Die Befugniß dieser Beamten und Bevollmächtigten bestimmt sich nach dem Inhalte ihrer Vollmacht, und erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtshandlungen, welche die Ausführung derartiger Geschäfte mit sich bringt (Art. 234, 47). Die Actiengesellschaft dürfte aber auch wohl einen Procuristen bestellen können (siehe oben §. 74); denn wenn auch bei den Berathungen der Codificationscommission des H. G. B. die Aufnahme eines dieses Princip ausdrücklich anerkennenden Satzes mit dem Bemerken abgelehnt wurde, daß erfahrungsgemäß Actiengesellschaften niemals einen Procuristen bestellen, und daß das Recht zur Bestellung eines solchen eigentlich nur als das Attribut eines Menschen betrachtet werden könne, da es einen Principal von unbeschränkter Willensfähigkeit voraussetze, was bei einer Actiengesellschaft, deren Geschäftsthätigkeit sich nur auf einem autonomisch-beschränkten Boden bewege, nicht der Fall ist (Prot. S. 1064), so wurde doch in das H. G. B. kein diesbezügliches Verbot aufgenommen. Der Actiengesellschaft stehen vielmehr die Rechte einer protokollirten Firma, mithin auch das Recht der Bestellung eines Procuristen zu (Art. 10, 5, 41). Die Frage ist nur, wer die Procura ertheilen kann, der Vorstand oder die Generalversammlung. Rücksichtlich des Vorstandes dürfte es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß er als Vertreter der Actiengesellschaft in allen Stücken auch

---

3) Für das bosn. H. G. gilt das oben in §. 74 Note 41 von den Directionsmitgliedern Gesagte auch für die Mitglieder des Aufsichtsrathes.

4) Dies ist ausdrücklich bestimmt im deutschen Actiengesetz (Art. 225a); siehe oben §. 74 Note 42. Rücksichtlich der Mitglieder einer off. H. G. vgl. v. Völderndorff in Busch's Arch. XLVII. S. 1 ff.; anders Ring, Comm. S. 603.

1) Deutsches Actiengesetz Art. 234 u. 235; ung. H. G. §. 193, bosn. §. 206.

zur Bestellung eines Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten befugt ist.[2]) Insofern wäre Art. 234 überflüssig. Wie das Wort „auch" des cit. Artikels besagt, können aber auch neben dem Vorstande Bevollmächtigte, bezw. Procuristen und zwar durch statutarische Bestimmung oder durch Beschluß der Generalversammlung oder eines sonst competenten Organes der Gesellschaft bestellt werden. Schwierigkeiten können sich eventuell insofern ergeben, als es im concreten Falle zweifelhaft erscheinen kann, ob Jemand als Vorstand bestellt ist, oder lediglich als Beamter oder Bevollmächtigter nach Art. 234. Und wenn auch das Gesetz in Art. 234 die Procura nicht ausdrücklich erwähnt, so kann aus den Worten des Gesetzes, daß sich die Befugniß der Beamten und Bevollmächtigten nach der ihnen ertheilten Vollmacht bestimme, doch wohl geschlossen werden, daß, wenn denselben die Procura ertheilt wird, ihre Befugnisse auch den Umfang, welcher in der Procura liegt, haben, wodurch im Gesetze indirect die Zulässigkeit der Bestellung eines Procuristen anerkannt ist.

Hieraus ergibt sich, daß sowohl der Vorstand als die Generalversammlung zur Bestellung eines Procuristen berechtigt sind, und daß statutarisch auch noch ein anderes Organ hiezu ermächtigt werden kann.

Auch Vorladungen und andere Zustellungen an die Gesellschaft können rechtsgiltig an einen mit der Vertretungsvollmacht ausgestatteten Beamten der Gesellschaft erfolgen (Art. 235).[3])

II. Die Organe (Beamte) der Actiengesellschaft können aber zu dieser auch in einem bloßen Dienstverhältnisse stehen, ohne eine besondere Vertretungsbefugniß oder Vollmacht. Für sie gelten, wenn sie kaufmännische Dienste leisten, die Vorschriften für Handlungsgehilfen, sonst jene der Gewerbeordnung und des bürgerlichen Rechtes. Sie stehen der Actiengesellschaft wie Dritte gegenüber, und der Vorstand der Actiengesellschaft gilt ihnen gegenüber als unbeschränkter Vertreter der Gesellschaft; er kann die Gehilfen anstellen und entlassen, ungeachtet etwaiger im Statute oder in den Beschlüssen der Generalversammlung enthaltener Einschränkungen. Zu den Hilfspersonen im weiteren Sinne gehören auch die oben (S. 277) erwähnten Censoren.[4])

III. Zum Handelsregister anzumelden sind nur die Procuristen (Art. 45), nicht die einfach Bevollmächtigten oder Beamten und Hilfspersonen.

§. 77.

G. Auflösung und Liquidation (Concurs), Fusion der Actiengesellschaft.[1])

I. Die Auflösung der Actiengesellschaft erfolgt theils aus Gründen, aus welchen auch andere Handelsgesellschaften aufgelöst werden, theils

2) v. Hahn, Comm. I. zu Art. 234; Anders Brix, Comm. zu Art. 234.

3) Für das deutsche, ung. u. bosn. Recht s. oben §. 74 Note 35.

4) Siehe Behrend, H. R. I. §. 127a.

1) Außer den Commentaren und den Hand- und Lehrbüchern vgl. insbesondere auch Wiener in Zeitschrift für H. R. XXVII. S. 333 ff.; Sachs ebda. XXIX. S. 35 ff.

aus dieser Gesellschaft eigenthümlichen Auflösungsgründen.[2]) Mit den übrigen Gesellschaften — freilich theilweise mit Modificationen — gemeinsam sind den Actiengesellschaften nachstehende Auflösungsgründe:

1. Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit (Art. 242 Abs. 1 Z. 1). Dieser Auflösungsgrund wirkt ipso iure[3]) und es kann von einer stillschweigenden Fortsetzung der Gesellschaft über den statutarisch festgesetzten Zeitpunkt hinaus nicht die Rede sein. Hierin läge eine Statutenänderung, welche nur durch einen Beschluß der Generalversammlung erfolgen kann, der aber zu seiner Giltigkeit der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung und der staatlichen Genehmigung bedarf (Art. 214).[4]) Es ist selbstverständlich, daß ein solcher die Fortsetzung der Gesellschaft zum Gegenstande habender Beschluß nur so lange rechtswirksam gefaßt werden kann, als die Gesellschaft noch besteht. Er muß daher gefaßt werden, ehe der im Gesellschaftsvertrage bestimmte Zeitpunkt eintritt. Nach Ablauf der Zeit und der hiemit ipso iure eingetretenen Auflösung der Gesellschaft ist nur mehr Neugründung möglich. Durch einen qualificirten Beschluß der Generalversammlung kann auch eine Verkürzung der statutarisch festgesetzten Zeitdauer stattfinden.[5]) Jedoch kann auch in diesem Falle — vor Ablauf dieser verkürzten Zeitfrist — die Fortsetzung der Gesellschaft in der oben dargestellten Weise beschlossen werden.

Dem Ablaufe der statutarisch festgesetzten Zeit gleich wirkt auch der Eintritt einer im Gesellschaftsvertrage für den Bestand der Gesellschaft festgesetzten Resolutivbedingung.[6])

2. Die Auflösung der Actiengesellschaft erfolgt durch einen notariell oder gerichtlich beurkundeten Beschluß der Generalversammlung der Actionäre (Art. 242 Z. 2), der aber zu seiner Giltigkeit der staatlichen Genehmigung nicht bedarf.[7]) Nur, wenn die Gesellschaft auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist, ist zur Giltigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses auf vorzeitige Auflösung außer der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung auch noch die staatliche Genehmigung erforderlich, da ein solcher Beschluß zugleich eine Statutenänderung involvirt (s. oben unter Nr. 1). Ist im Gesellschaftsvertrage eine Be-

---

2) Die Auflösung der Actiengesellschaft nach deutschem Actienrechte (Art. 242), ung. (§. 201) und bosn. (§. 216) H. G. erfolgt im Wesentlichen aus denselben Gründen wie nach österreich. Handelsrechte. Auch greifen hiebei im Allgemeinen ähnliche Vorschriften platz wie im österreichischen Rechte (vgl. Art. 242 ff. deutsches Act. Ges.; §. 201 ff. ung. H. G.; §. 216 u. ff. bosn. H. G.). Wichtigere Einzelnheiten bezw. Verschiedenheiten sollen im Folgenden bemerkt werden.

3) R. O. H. G. XIV. S. 366.

4) Vgl. Renaud in Ztschr. f. H. R. XIII. S. 141 ff. — Nach gegenwärtigem deuschen Act. Rechte bedarf ein solcher Beschluß nur der Registrirung und der Publication (Art. 214 neue Fassung). Das ung. und bosn. H. G. erwähnen diesen Fall nicht, sondern nur den der Fusion.

5) Staub, Comm. §. 3 zu Art. 242.

6) v. Stubenrauch, H. R. §. 131 Note 1.

7) Nach dem preußischen Entwurf eines H. G. B. sollte dieser Beschluß der staatlichen Genehmigung bedürfen. Diese Bestimmung wurde in erster Lesung gestrichen (Prot. S. 330, 360), s. hierüber v. Hahn, Comm. I. §. 3 zu Art. 242.

stimmung über die Qualification eines solchen Generalversammlungsbeschlusses enthalten, so muß die Beschlußfassung in der statutarisch vorgeschriebenen Weise erfolgen, sonst aber genügt die einfache Majorität.[8]) Die Bestimmung der Statuten, daß die Auflösung der Gesellschaft nur mit einer qualificirten Majorität (z. B. Zweidrittelmajorität) beschlossen werden könne, kann nicht durch einfache Stimmenmehrheit abgeändert werden, wenn auch diese sonst für Statutenänderungen genügen würde.[9]) Bei Actiengesellschaften, welche einen öffentlichen gemeinnützigen Zweck verfolgen und die nicht auf eine bestimmte Zeit geschlossen sind, mit deren Ablauf die Gesellschaft von selbst erlischt, muß die beabsichtigte Auflösung vorläufig zur Kenntniß der Behörde, welche bei Ertheilung der Bewilligung zur Errichtung eingeschritten ist, gebracht werden (§. 23 Vereinsgesetz, Pat. v. 26. Nov. 1852).

3. Der Concurs einer Actiengesellschaft hat deren Auflösung ipso iure zur Folge (Art. 242 Z. 4); denn nicht nur endigt durch den Concurs die wirthschaftliche Persönlichkeit, sondern es kann auch der Zweck der Gesellschaft nicht mehr erreicht werden, an dessen Stelle als einziges Ziel der nunmehrigen Thätigkeit der Gemeinschaftsorgane die Befriedigung der Gläubiger und der Vertheilung des Ueberschusses an die Actionäre tritt.[10]) Durch die Concurseröffnung geht die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens von dem Vorstande und der Generalversammlung auf den Masseverwalter als Vertreter der Gesellschaftsgläubiger über (§§. 1 und 76 Conc. Ordg.)[11]), der in keiner Weise verpflichtet ist, die Organe der Gesellschaft, Vorstand, Generalversammlung, Aufsichtsrath, falls ein solcher bestellt ist, zu befragen. Aber nichtsdestoweniger hören die Organe der Gesellschaft nicht auf zu fungiren, nur treten an Stelle des Vorstandes die Liquidatoren. Denn wie könnte sonst die Gesellschaft (Liquidationsgesellschaft) gegen die Entscheidungen des Gerichtes über die Concurseröffnung (§§. 62 bis einschl. 64 Conc. Ordg.), die dem Gemeinschuldner diesbezüglich zustehenden Rechtsmittel (§. 65 Conc. Ordg.) geltend machen? Wer sollte den Manifestationseid leisten (§. 66 Conc. Ordg.), wer könnte die zum Concurse angemeldeten Forderungen bestreiten (§§. 124 u. ff. Conc. Ordg.), wer die sonstigen Rechte des Gemeinschuldners geltend machen? Und gar nach Beendigung des Concurses treten die Liquidatoren, der Aufsichtsrath und die Generalversammlung voll in ihre Befugnisse ein. Der Masseverwalter ist befugt, rückständige Einlagen der Actionäre einzufordern, wofür er diesen Actienurkunden aushändigen

8) Dasselbe gilt für das ung. und bosn. Handelsrecht; nach deutschem Actienrechte (Art. 242 Z. 2) bedarf ein solcher Beschluß einer $^3/_4$-Majorität des in der Generalversammlung vertretenen Grundcapitals; doch kann der Gesellschaftsvertreter außer dieser Mehrheit noch andere Erfordernisse aufstellen.

9) R. O. H. G. XX. S. 43.

10) Staub, Comm. §. 5 zu Art. 242.

11) Vgl. Adler-Clemens, Entsch. IV. Nr. 543 (Actionäre einer in Concurs verfallenen Actiengesellschaft können durch den Gesellschaftsvorstand bei der Concursverhandlung nicht vertreten werden); §. 5 der deutschen Reichs. Conc. Ordn.; vgl. §§. 1 u. 40 der bosn. Conc. Ordn.; nach §. 243 des ung. Conc. Ges. wird die Actiengesellschaft im Falle des Concurses durch die Direction vertreten.

muß. Die morosen Actionäre können nicht einwenden, daß diese Einlagen dem Gesellschaftszwecke nicht mehr zugeführt werden können, da einer der Hauptzwecke der Einlagen die Befriedigung der Gläubiger ist.[12]) Der Vorstand der Actiengesellschaft ist, wiebald sich aus der Bilanz ergibt, daß das Vermögen einer Actiengesellschaft die Passiven derselben nicht mehr deckt, verpflichtet, dem Gerichte die Anzeige hievon behufs Eröffnung des Concurses zu machen (Art. 242 Z. 4).

Der Actiengesellschaft allein eigenthümliche Auflösungsfälle sind:

1. Auflösung durch die Verwaltungsbehörde wegen Verminderung des Grundcapitals über die Hälfte. Ergibt sich nämlich aus der Bilanz eine Verminderung des Grundcapitals über die Hälfte, so ist der Vorstand nach Art. 240 Abs. 1 verpflichtet, unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und dieser sowie der competenten Verwaltungsbehörde (§. 34 Einf. Ges. u. §§. 7 u. 25 Vereinsges. v. 26. Nov. 1852 Nr. 253 R. G. B.) davon Anzeige zu machen. Die Verwaltungsbehörde kann in diesem Falle von den Büchern Einsicht nehmen und je nach den Umständen die Auflösung der Gesellschaft verfügen (Art. 240 Abs. 2; Art. 242 Abs. 1 Z. 3).

2. Fusion mit einer anderen Gesellschaft[13]) (Art. 247).[14]) Diese besteht darin, daß die aufzulösende Gesellschaft ihre Activa und Passiva an eine andere Actiengesellschaft gegen Gewährung von Actien der letzteren überträgt (Art. 215 u. 247), und auf diese Weise in die andere Gesellschaft aufgeht, als selbständige Gesellschaft aber zu bestehen aufhört, oder daß zwei schon bestehende Actiengesellschaften sich zu einer dritten erst neu zu gründenden Actiengesellschaft vereinigen[15]), in welchem Falle beide sich vereinigenden Gesellschaften zu sein aufhören, und nur mehr die neue Gesellschaft besteht. Hiezu bedarf es vor Allem eines Beschlusses der aufzulösenden Gesellschaft bezw. der zwei sich vereinigenden Gesellschaften, der aber nicht mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden kann, außer es wäre dies im Statute ausdrücklich gestattet (Art. 215), sodann eines zustimmenden u. z. wenn durch die Fusion der Zweck des Unternehmens geändert wird, und nicht etwa das Statut eine andere Bestimmung rücksichtlich der Qualification der erforderlichen Majorität enthält, einstimmigen Beschlusses der Gesellschaft, in welche die aufzulösende aufgehen soll, und endlich der staatlichen Genehmigung[16]) (Art. 247). Die

---

12) R. O. H. G. XIX. S. 227 ff.; XX. S. 270; Bolze, Praxis des R. G. VII. Nr. 643.

13) Vgl. hiezu Wiener in Ztschr. f. H. R. XXVII. S. 365 und die dort angeführte Literatur.

14) Vgl. deutsches Act. Ges. Art. 247; ung. H. G. §. 208, bosn. H. G. §. 223.

15) So insbesondere v. Hahn §. 5 zu Art. 215 gegen Zimmermann in Busch's Archiv f. H. u. W. R. VI. S. 225.

16) Dies wurde gelegentlich der Berathungen in Nürnberg damit motivirt, daß durch die Vereinigung der beiden Gesellschaften ein größeres Capital in die Hand einer Gesellschaft vereinigt werde und wohl auch die Voraussetzungen, unter welchen die ursprüngliche staatliche Genehmigung der beiden Gesellschaften erfolgt war, geändert werden könnten (Prot. S. 369).

Gesellschaft, in welche die aufzulösende Gesellschaft aufgehen soll, wie jene, mit der sie sich zu einer neuen dritten vereinigen soll, wie eben diese dritte Gesellschaft, müssen Actiengesellschaften sein. Hiebei kommen nach Art. 247 Abs. 2[17]) folgende Bestimmungen in Anwendung:

a) Das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft ist solange getrennt vom Vermögen der durch die Fusion geschaffenen Gesellschaft zu verwalten, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist. Hiedurch unterscheidet sich die Fusion von der Liquidation; bei letzterer handelt es sich nur darum, die laufenden Geschäfte event. durch Eingehung neuer zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen, das Vermögen zu versilbern (Art. 137) und den Erlösüberschuß unter die Actionäre in entsprechender Weise zu vertheilen (Art. 141, 142); bei der Fusion aber wird das Vermögen der aufzulösenden Actiengesellschaft bezw. der zu vereinigenden Actiengesellschaften noch weiterhin bis zur Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger verwaltet. Die getrennte Verwaltung bedeutet nicht Liquidirung des Vermögens, sondern weitere Verwendung desselben zu productiven Zwecken.[18]) Hiedurch wollte das Gesetz verhindern, daß das von der aufgelösten Gesellschaft an die andere Gesellschaft oder von den zu vereinigenden Gesellschaften an die neu entstandene überkommene Vermögen zum Nachtheile der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft bezw. der vereinigten Gesellschaften zu Zwecken der aufnehmenden bezw. der neu begründeten Gesellschaft verwendet werde. Diese getrennte Verwaltung trifft aber nur die innere Seite der Verwaltung ohne irgend welche Bedeutung nach außen hin; denn nach außen hin gibt es jetzt nur eine Gesellschaft, die aufnehmende bezw. die durch die Vereinigung entstandene; diese ist die alleinige Eigenthümerin des gesammten Vermögens, des übernommenen und des sonstigen, sie steht als alleinige Schuldnerin allen Gläubigern, sowohl den überkommenen als den sonstigen Gläubigern gegenüber. Es gibt daher auch kein ausschließliches Executionsrecht der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft auf deren getrennt zu verwaltendes Vermögen, noch einen getrennten Concurs über dasselbe.[19])

b) Der Gerichtsstand der aufzulösenden Gesellschaft bleibt für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung bestehen; als geklagt erscheint allerdings die neue Gesammtgesellschaft, aber um die Lage der Gläubiger nicht zu erschweren, ward es diesen ermöglicht, noch bei dem Gerichtsstande der Einzelgesellschaft klagen zu können (nicht zu müssen).[20])

c) Die Verwaltung des Vermögens der alten Einzelgesellschaft bezw. der vereinigten Gesellschaften wird von der Gesammtgesellschaft, bezw. von deren Organen geführt, nicht von jenen der aufgelösten Gesellschaft. Für die Ausführung der getrennten Verwaltung sind die Mitglieder des

17) Vgl. Art. 247 Abs. 2 deutsches Act. R.; §. 208 ung., §. 223 bosn. H. G.

18) R. G. IX. S. 16—18.

19) Staub, §. 9 zu Art. 247; anders Ring, Comm. S. 572; Petersen-Pechmann, Comm. S. 594.

20) Staub, Comm. §. 10 zu Art. 247.

Vorstandes der durch die Fusion entstandenen Gesammtgesellschaft persönlich und solidarisch verantwortlich.[21])

d) Die Auflösung der in die zweite Gesellschaft aufgegangenen Gesellschaft bezw. der aufgelösten Einzelgesellschaften ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Diese Anmeldung kann durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (vgl. auch §. 12 u. 13 Einf. Ges.).[22])

e) Die öffentliche Aufforderung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft, sich zu melden, die sonst bei der Auflösung von Actiengesellschaften vorgeschrieben ist (Art. 243), kann auf spätere Zeit verschoben, ja sogar ganz unterlassen werden.

f) Die Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften war nach der ursprünglichen Fassung des H. G. B. (Art. 245) ein Jahr, von dem Tage an gerechnet, an welchem die Bekanntmachung der Auflösung in den hiezu bestimmten öffentlichen Blättern (Art. 243) zum dritten Male erfolgt war (Art. 245 Abs. 2), zulässig. Dieser Termin wurde durch die kais. Vdg. v. 21. Juni 1873 Nr. 114 R. G. Bl. auf drei Monate herabgesetzt.

Außer diesen im Art. 242 und 247 aufgezählten fünf Auflösungsgründen anerkennt das H. G. B. selbst noch andere in den Particularrechten der einzelnen damaligen deutschen Bundesstaaten geltende Auflösungsgründe sowie die Auflösung durch Zurücknahme der staatlichen Genehmigung (Art. 242 Abs. 2). In dieser Beziehung sind für Oesterreich die Bestimmungen des §. 1205 des a. b. G. B. und der §§. 23—26 des bereits mehrfach citirten Vereinsgesetzes vom 26. November 1852 R. G. Bl. Nr. 253 maßgebend. Von den in §. 1205 a. b. G. B. angeführten Auflösungsgründen einer Gesellschaft überhaupt, stimmen zwei (Untergang des gesellschaftlichen Vermögens und Ablauf der Zeit) mit den im H. G. B. Art. 242 Abs. 1 Z. 3 u. 1 angeführten überein, während die beiden anderen, wonach die Gesellschaft aufhört, wenn das unternommene Geschäft vollendet ist, oder nicht mehr fortgeführt wird, selbstverständlich sind. Das Vereinsgesetz bezeichnet die im bürgerlichen Rechte (einschließlich Handelsrecht) oder in den Statuten begründete Auflösung der Gesellschaft als freiwillige Auflösung (§. 23) im Gegensatze zur Auflösung über amtliches Einschreiten in den Fällen des §. 24 Ver. Ges., u. z.

a) wenn sich die Gesellschaft ohne die erforderliche staatliche Genehmigung gebildet hat, oder, nachdem ihr diese entzogen war, ihre Wirksamkeit fortsetzte;

b) wegen Ueberschreitung der Statuten oder der ihr von der Behörde bei der Bewilligung oder durch diese vorgezeichneten Bestimmungen in wesentlichen Beziehungen;

---

21) Ebenso ung. H. G. §. 208 Z. 2 und bosn. §. 223 Abs. 2 Z. 2; nach deutschem Rechte (Art. 247 Z. 3) sind auch die Mitglieder des Aufsichtsrathes persönlich und solidarisch mitverantwortlich, soweit eine Vereinigung der Vermögen beider Gesellschaften mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt ist.

22) Deutsches Act. Ges. Art. 249, g; diese Bestimmung fehlt im ung. u. bosn. H. G.

c) wegen nicht gehöriger oder nicht rechtzeitiger Erfüllung bezw. Nicht-Erfüllung der Bedingungen, auf deren Vernachlässigung die Zurücknahme oder das Erlöschen der Bewilligung ausdrücklich vorausbestimmt wurde;

d) bei Zurücknahme der Concession zur Ausübung des Gewerbes oder Betriebes der Gesellschaft auf Grund des Gesetzes oder aus öffentlichen Rücksichten.

Competent zu solcher Auflösung der Actiengesellschaft ist die zuständige politische Landesstelle (Statthalterei, Landesregierung), welche jedoch in den Auflösungsfällen sub b, c, d zwei Justizräthe beizuziehen hat. Gegen dieses Erkenntniß steht der Gesellschaft der Recurs an das k. k. Ministerium des Innern zu, jedoch ohne aufschiebende Wirkung, so daß die bereits angeordnete Einstellung der Wirksamkeit der Gesellschaft nichtsdestoweniger sofort in Kraft tritt und hiedurch in keiner Weise einen Aufschub erleidet (§. 25 V. Ges.). Bei Auflösung der Actiengesellschaft von Amtswegen hat auch die das Auflösungsurtheil fällende Behörde zu veranlassen, daß in Bezug auf das Vereinsvermögen die angemessenen Vorkehrungen getroffen werden (§. 26 V.-G.).

Die Auflösung der Gesellschaft außer dem Falle des Concurses ist durch den Vorstand bei Ordnungsstrafe zum Handelsregister anzumelden, und muß zu drei verschiedenen Malen durch die hiezu bestimmten öffentlichen Blätter (Art. 209 Z. 11) publicirt werden, bei welcher Gelegenheit zugleich auch die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern sind, sich bei der Gesellschaft zu melden (Art. 243 H. G. B., §§. 12 u. 13 Einf. Ges.).[23]

II. Die Liquidation erfolgt durch den Vorstand, falls nicht durch das Statut oder einen Beschluß der Generalversammlung andere Personen als Liquidatoren bestellt worden sind (Art. 244 Abs. 1). Die Liquidationsvollmacht des Vorstandes sowie der bestellten Liquidatoren ist jederzeit widerruflich (Art. 244 Abs. 3). Im Uebrigen kommen hier die für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen (s. oben §. 53) zur Anwendung, wobei jedoch zu bemerken ist, daß die Anmeldungen zum Handelsregister durch den Vorstand geschehen müssen (Art. 244 Abs. 2).[24]) Auch hier hat die Liquidation mit der Tilgung der Gesellschaftsschulden zu beginnen. Zu diesem Zwecke ist die Auflösung der Gesellschaft unter gleichzeitiger Aufforderung der Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche in der oben angedeuteten Weise zu publiciren,

23) Es wurde hiebei ein besonderes Augenmerk auf die Sicherung der Rechte der Gesellschaftsgläubiger gerichtet, welche bei der reinen Actiengesellschaft in noch höherem Grade als bei der Auflösung einer Commanditgesellschaft auf Actien des gesetzlichen Schutzes bedürfen, da ihnen lediglich das Vermögen der Actiengesellschaft haftet, welches durch Vollziehung der Vertheilung als solches aufhört. Auf diesen Erwägungen beruht die Vorschrift der dreimaligen Bekanntmachung der erfolgten Auflösung, sowie der Aufforderung der Gläubiger in den im Gesellschaftsvertrage bezeichneten Blättern, wodurch vorgesorgt wird, daß die bevorstehende Vertheilung des Gesellschaftsvermögens keinem Betheiligten verborgen bleibt. (Motive zum preußischen Entw. S. 97.)

24) In Deutschland nur die ersten Liquidatoren (Art. 244 Abs. 3).

und es sind außerdem die aus den Handelsbüchern ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger durch besondere Erlässe aufzufordern, sich zu melden (Art. 245 Abs. 3, 202 Abs. 2). Falls diese sich trotz dieser Aufforderung nicht melden, ist der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich zu hinterlegen. Ebenso sind die Beträge noch schwebender Schulden oder streitiger Forderungen gerichtlich zu hinterlegen, es wäre denn, daß die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens bis zu deren Erledigung ausgesetzt bleibt, oder den Gläubigern eine angemessene Sicherheit bestellt wird (Art. 245 Abs. 2, 202 Abs. 3). Dieses Recht müssen die Gläubiger nicht nothwendig im Wege der Klage geltend machen, sondern es ist ein diesbezügliches Gesuch nach Vernehmung beider Parteien definitiv zu erledigen (Beschl. des obst. Ger. H. v. 6. August 1872 Z. 8, 271, Sp. R. Nr. 14). Mitglieder des Vorstandes und Liquidatoren, welche diesen Vorschriften entgegenhandeln, sind persönlich und solidarisch zur Erstattung der geleisteten Zahlung verpflichtet (Art. 245 Abs. 4).

IV. Nach Tilgung der Schulden der Gesellschaft kann, wenn die obenerwähnte Sperrfrist von drei Monaten abgelaufen ist, mit der Vertheilung des übriggebliebenen Vermögens begonnen werden (Art. 245 Abs. 1 u. 2). Diese erfolgt unter die Actionäre nach Verhältniß ihrer Actien (Art. 245 Abs. 1).

V. Die Handelsbücher der aufgelösten Gesellschaft sowie die empfangenen Handelsbriefe, die Inventare und Bilanzen sind auf Kosten der Gesellschaft an einem vom Handelsgerichte zu bestimmenden Orte zu hinterlegen und zehn Jahre hindurch aufzubewahren (Art. 246). Den Actionären steht das Recht auf Einsichtnahme und Benutzung der hinterlegten Papiere rc. zu (Analogie nach Art. 145).

§. 78.

6. Die Commanditsgesellschaft auf Actien.[1])

A. Begriff und rechtliche Natur.[2])

I. Die Commanditgesellschaft auf Actien ist nach dem H. G. B. (Art. 173) eine Commanditgesellschaft, bei welcher das Capital der Commanditisten in Actien oder Actienantheile zerlegt ist. Sie ist eine Mischform zwischen Commanditgesellschaft und Actiengesellschaft, aber nicht in dem Sinne, daß zu einer Actiengesellschaft eine oder mehrere Personen mit unbeschränkter Haftung hinzutreten, sondern in der Weise, daß die Commanditisten innerhalb der Commanditgesellschaft einen unselbständigen, dem Actienvereine nur ähnlichen „Mehrheitsverband" bilden, so daß deren

1) Außer den Comm. und Hand- u. Lehrbüchern vgl. Lesse in Busch's Arch. III. S. 180 ff.; Renaud, Das Recht der Commanditgesellschaften S. 635 ff.; Goldschmidt, System des H. R. 4. Aufl. §§. 63, 64, 65; Hergenhahn in Goldschmidt's Ztschr. XLII. S. 69 ff.

Rechtsquellen: Art. 173 bis einschließlich 206 H. G. B.; in Deutschland neue Fassung nach dem Gesetze v. 18. Juli 1884 (§. 1 Art. 173—206a, §§. 2—4, 6, 7); das ung. u. bosn. H. G. führen die Commanditgesellschaft auf Actien nicht als Handelsgesellschaft an und regeln sie nicht (s. oben §. 46 Note 7).

2) Goldschmidt, System §. 63; Primker in Endemann's Handb. I. §. 134; Hergenhahn a. a. O. S. 80 ff.

Gesammtheit dem Complementar oder den mehreren Complementaren als Ein Commanditist gegenübersteht.[3]) Hiedurch unterscheidet sich zugleich die Commanditgesellschaft auf Actien von einer Commanditgesellschaft, welcher ein Actienverein als Commanditist beigetreten ist. Der Actienverein, der als Commanditist einer Commanditgesellschaft beitritt, ist eine selbständige juristische Person, und steht als Commanditist der Commanditgesellschaft jedem anderen Commanditisten gleich, seine Eigenschaft als Actiengesellschaft ist für seine Stellung in der Gesellschaft, deren Commanditist er ist, ohne Belang. Anders bei der Commanditgesellschaft auf Actien. Hier vereinigen sich die Commanditisten der Gesellschaft zu einem vermögensrechtlichen Verbande innerhalb der Gesellschaft ohne selbständige Existenz. Die Actiengesellschaft als Commanditist hat nur in ihrer Gesammtheit den ihrer Einlage entsprechenden Antheil, ihre Betheiligung an Gewinn und Verlust der Commanditgesellschaft kommt ihr in ihrer Gesammtheit zu; und dem einzelnen Actionär nur indirect durch den hiedurch eintretenden Gewinn oder Verlust der Actiengesellschaft. Bei der Commanditgesellschaft auf Actien aber bedeutet die Actie den Antheil des Commanditisten an dem Vermögen der Gesellschaft, einen gemeinsamen Antheil hat sie nicht. Jede Actie repräsentirt hier eine Einlage; aber es gibt hier keine gemeinsame Einlage der Commanditisten. Das gesammte Gesellschaftsvermögen gehört hier den Complementaren und den Commanditisten. Diese haben sich hier nur zur Wahrung ihrer Interessen zu einem engeren Verbande vereinigt, sowie andererseits die Zerlegung des Capitals in Actien und Actienantheile Kleincapitalisten die Theilnahme an größeren Unternehmungen ermöglicht. Aber nicht das ganze Capital der Gesellschaft, nur jene Summe, mit welcher die Commanditisten an dem Unternehmen participiren, darf in Actien oder Actienantheile zerlegt werden, während für die gesellschaftlichen Capitalsantheile, welche auf die Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter entfallen, oder welche denselben als besondere Vortheile ausbedungen sind, keine Actien ausgegeben[4]) und die Antheile selbst auch nicht übertragen werden dürfen (Art. 181).

II. Ihrem juristischen Wesen nach ist die Commanditgesellschaft auf Actien ebensowenig eine juristische Person[5]) wie die einfache Commanditgesellschaft, da hier wie dort das Vorhandensein mit ganzem Vermögen und persönlich haftender Gesellschafter entgegensteht. Sie ist eine Societät.

III. Die wirthschaftliche Berechtigung dieser Gesellschaft liegt in der größeren Sicherheit, welche sie durch die neben dem Actiencapital bestehende unbeschränkte Verantwortlichkeit des Complementars oder der Complementare sowie dadurch bietet, daß der Complementar bezw. die Complementare als Geschäftsherr das Unternehmen unter Controle des Commanditistenverbandes dauernd leiten.[6]) Andererseits darf aber auch

3) Goldschmidt, Syst. §. 63; Bekker in Ztschr. f. H. R. XVI. S. 72 ff.; XVII. S. 443 ff., vgl. dazu Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXXV. S. 364 ff.

4) v. Stubenrauch, H. R. §. 168 Nr. 3.

5) Goldschmidt, System §. 63.

6) Anders Staub, Comm. §. 2 zu Art. 173; siehe dagegen Hergenhahn a. a. O. S. 82.

nicht verhehlt werden, daß diese Gesellschaftsform mancherlei Gefahren und Mißbräuchen ausgesetzt ist: als persönlich haftender Gesellschafter kann ein insolventer Speculant (Strohmann) vorgeschoben werden oder sich vordrängen, oder das Commanditcapital befindet sich ohne Schutz in der Hand der Complementare.[7])

§. 79.

B. Errichtung, Organisation (Vertretung und Geschäftsführung), Vermögen der Gesellschaft (Actien) und Rechtsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft.

I. Als Gründer der Commanditgesellschaft auf Actien erscheinen die Complementare, d. h. die persönlich haftenden Gesellschafter; sie allein setzen das Statut fest, welchem die Commanditisten durch die Actienzeichnung beitreten.[1]) Das Statut (der Gesellschaftsvertrag) muß, wie jenes der Actiengesellschaft, Firma und Sitz der Gesellschaft, Gegenstand und eventuell Zeitdauer des Unternehmens, die Form der Einberufung der Generalversammlung der Commanditisten, die Form der Publicationen der Gesellschaft und die öffentlichen Blätter, deren sich dieselbe hiezu bedient, und endlich den Betrag der einzelnen Actien und Actienantheile, sowie auch die Zahl der Actien, die im Statute der Actiengesellschaft bestimmt sein kann, aber nicht muß. Außerdem aber muß der Gesellschaftsvertrag der Commanditactiengesellschaft noch enthalten: 1. den Zu- und Vornamen, Stand und Wohnort eines jeden persönlich haftenden Gesellschafters, und 2. die Bestimmung, daß ein Aufsichtsrath von mindestens fünf Mitgliedern aus der Zahl der Commanditisten durch Wahl derselben bestellt werden müsse (Art. 175).[2])

Ueber Errichtung und Inhalt des Gesellschaftsvertrages, der auch hier der staatlichen Genehmigung bedarf[3]) (Art. 174 Abs. 1 und §. 1 lit. b des kais. Pat. v. 26. Nov. 1852 Nr. 253 R. G. B.) ist eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufzunehmen (Art. 174 Abs. 2).[4]) Der

7) Goldschmidt, System §. 63.

1) Goldschmidt, System §. 64.

2) Vgl. Art. 175 nach der Fassung des deutschen Actiengesetzes, nach welchem das Statut auch noch die Höhe und Art der Einlage jedes persönlich haftenden Gesellschafters, sowie die Art der Actien (ob Inhaber- oder Namenactien) und im Falle der Ausgabe beider Arten die Zahl der Actien einer jeden Art bestimmen muß. Dagegen braucht nach deutschem Rechte das Statut die Zeitdauer, auf welche etwa das Unternehmen beschränkt sein soll, nicht anzugeben. Der oben im Texte erwähnte Punkt des H. G. B. rücksichtlich des Aufsichtsrathes braucht nach der deutschen Novelle nicht in das Statut aufgenommen zu werden. Die Commanditgesellschaft auf Actien muß nach Art. 175 e einen Aufsichtsrath haben. Bekanntmachungen der Gesellschaft, welche in öffentlichen Blättern geschehen sollen, sind in den Reichsanzeiger einzurücken. Andere Blätter außer diesem hat das Statut zu bestimmen (Art. 175 Abs. 3).

3) Die östr. Gesetzgebung machte von dem Rechte des Art. 206 H. G. B., zu bestimmen, daß es der staatlichen Genehmigung zur Errichtung von Commanditgesellschaften auf Actien im Allgemeinen oder von einzelnen Arten derselben nicht bedarf, keinen Gebrauch (Art. 174 Abs. 1 u. §. 32 Einf. Ges.). Rücksichtlich der deutschen Gesetzgebung gilt das oben (§. 67 Note 15) Gesagte.

4) Im deutschen Actiengesetze fehlt,

Gesellschaftsvertrag und die Genehmigungsurkunde muß auch hier bei dem competenten Handelsregister angemeldet und eingetragen werden (Art. 176 Abs. 1). Diese Anmeldung muß von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden (Art. 177 Abs. 2).[5]) Der zu publicirende Auszug des Gesellschaftsvertrages muß das Datum des Statutes und der Genehmigungsurkunde, Zu- und Vornamen, Stand und Wohnort jedes Complementars, Firma und Sitz der Gesellschaft, Zahl und Betrag der Actien und Actienantheile, und endlich die Form und die Namen der öffentlichen Blätter für die Publicationen der Gesellschaft enthalten (Art. 176; §. 9 Vdg. über das Handelsregister v. 9. März 1863 Nr. 27 R. G. Bl. und Justizministerialerlaß v. 6. Juni 1880, Z. 7717).[6]) Der Anmeldung müssen Nachweise über die Zeichnung des gesammten Actiencapitals, über die Einzahlung mindestens eines Viertheiles des von jedem Commanditisten gezeichneten Betrages durch diesen, und endlich über die vertragsmäßig vollzogene Wahl des Aufsichtsrathes beigegeben werden (Art. 177). Diese, wie alle der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden beim Handelsregister im Originale oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt (Art. 177 Abs. 2).[7])

---

entsprechend dem Grundprincipe dieses Gesetzes, eine solche Bestimmung.

5) Nach deutschem Actienrechte (Art. 176 Abs. 4) muß die Anmeldung von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern und sämmtlichen Mitgliedern des Aufsichtsrathes vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden.

6) Vgl. Art. 177 deutsches Act. Ges.

7) Nach deutschem Actienrechte (Art. 176 Abs. 2) muß der Anmeldung der Gesellschaft behufs Registrirung beigefügt werden: 1. Wenn einem oder einzelnen Gesellschaftern ein besonderer Vortheil bedungen wurde (Art. 175 b Abs. 1) oder wenn von persönlich haftenden Gesellschaftern oder Commanditisten nicht baare Einlagen gemacht werden (Art. 175 b Abs. 2), die diesen Festsetzungen zugrunde liegenden Verträge, und im letzteren Falle (Art. 175 b Abs. 2) auch die durch Art. 175 d vorgeschriebene Erklärung, in welcher die persönlich haftenden Gesellschafter die Umstände darlegen, mit Rücksicht auf welche ihnen die Höhe der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge gerechtfertigt erscheinen, wobei sie insbesondere die dem Erwerbe der Gesellschaft vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, welche auf denselben hingezielt haben, sowie die früheren Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten zwei Jahren anzugeben haben; 2. zum Nachweise der Zeichnung des Gesammtcapitals der Commanditisten die Duplicate der Zeichnungsscheine und ein von den persönlich haftenden Gesellschaftern in beglaubigter Form unterschriebenes Verzeichniß der sämmtlichen Commanditisten, welches die auf jeden entfallenden Actien sowie die auf letztere geschehenen Einzahlungen ergibt; 3. die Urkunden über die Bestellung des Aufsichtsrathes und der in Gemäßheit des Art. 175 e über die Prüfung des Gründungsherganges durch den Aufsichtsrath zu erstattende Bericht nebst dessen urkundlichen Grundlagen; und 4. falls der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, sowie im Falle der bundesräthlichen Genehmigung der Ausgabe von Namenactien zu einem geringeren, jedoch mindestens 200 Mark erreichenden Betrage, oder der Garantie eines bestimmten Ertrages durch das Reich oder einen Bundesstaat (Art. 173 a Abs. 2), die bezüglichen Genehmigungsurkunden. In der Anmeldung ist ferner nach Art. 176 Abs. 3 zu erklären, daß auf jede Actie, soweit nicht andere als Baareinlagen gemacht sind, der eingeforderte Betrag baar eingezahlt und im Besitze der persönlich haftenden Gesellschafter sei. Die Einforderung muß mindestens ein Viertheil des Nominal-

Vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister besteht die Commanditgesellschaft auf Actien nicht, vorher ausgegebene Actien und Actienantheile sind nichtig und deren Aussteller den Besitzern für allen hiedurch verursachten Schaden solidarisch haftungspflichtig (Art. 178 Abs. 1)[8]), wie überhaupt Alle, die vor erfolgter Genehmigung und Eintragung der Gesellschaft in deren Namen handeln, persönlich und solidarisch haften (Art. 178 Abs. 2)[9]). Im Uebrigen gelten auch hier die Bestimmungen rücksichtlich der Anmeldung der Commanditgesellschaften (Art. 152, 153, 154, 179, §. 11 der obcit. Vdg. über das Handelsregister.)

Aenderungen des Gesellschaftsvertrages bedürfen zu ihrer Giltigkeit der notariellen oder gerichtlichen Abfassung, sowie der staatlichen Genehmigung[10]) (Art. 198 Abs. 1). Der abändernde Vertrag, sowie die Genehmigungsurkunde desselben sind gleichfalls Gegenstand der Registrirung und auszugsweisen Publication, wie der erste Vertrag (Art. 176, 179, 198 Abs. 2); vorher hat der abändernde Vertrag keine rechtliche Wirkung (Art. 198 Abs. 3).

II. Die Mitglieder der Commanditgesellschaft auf Actien zerfallen, wie bei der Commanditgesellschaft, in persönlich haftende Gesellschafter (Complementare) und Commanditisten. Letztere bilden, wie bereits oben erwähnt wurde, einen der Actiengesellschaft ähnlichen „Mehrheitsverband", mit Generalversammlung und Aufsichtsrath. Einen Vorstand besitzt die Commanditgesellschaft auf Actien nicht; die Functionen desselben besorgen die persönlich haftenden Gesellschafter. Ihnen kommt die Vertretung der Gesellschaft nach außenhin, sowie die Geschäftsführung zu. Es gelten hiefür im Allgemeinen dieselben Regeln, wie bei der einfachen Commanditgesellschaft (Art. 158, 167, 196; s. oben §. 60); nur die Bestimmung des Art. 167 Abs. 3, daß ein Commanditist, der, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er nur als Procurist oder als Bevollmächtigter handelt, für die Gesellschaft Geschäfte abschließt, aus diesen gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter hafte, findet hier keine Anwendung.[11]) Diese sind als Gesellschafter sowohl einander als der Gesammtheit der Commandi-

---

betrages und im Falle der Ausgabe von Actien für einen höheren als den Nominalbetrag auch den Mehrbetrag umfassen. Als Baarzahlung gilt die Zahlung in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen, sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken.

8) Vgl. oben §§. 67, 68.

9) Vgl. oben §§. 67, 68.

10) S. oben Note 3.

11) Nach deutschem Actienrechte (Art. 196a) gilt das Verbot der Art. 96 u. 97 H. G. B., betreffend den Betrieb von Geschäften in Handelszweigen der Gesellschaft und die Theilnahme an einer gleichartigen Gesellschaft ohne Genehmigung der Gesellschaft und die diesbezüglich normirten Consequenzen, auch für die persönlich haftenden Gesellschafter einer Commanditactiengesellschaft. Die Genehmigung wird in der Generalversammlung der Commanditisten bezw. durch den Aufsichtsrath ertheilt, falls ihm dieses Recht durch die Statuten oder durch Beschluß der Generalversammlung übertragen ist. Das Recht der Gesellschaft, in ein von einem persönlich haftenden Gesellschafter für eigene Rechnung gemachtes Geschäft einzutreten, oder Schadenersatz zu fordern, erlischt nach drei Monaten von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und der Aufsichtsrath von dem Geschäftsabschlusse Kenntniß erhielten.

tisten verantwortlich, den einzelnen Commanditisten aber nur bei Verletzung ihrer Einzelrechte.[12])

Die Commanditisten üben ihre gesellschaftlichen Rechte den persönlich haftenden Gesellschaftern gegenüber, sowie in Gesellschaftsangelegenheiten (Einfluß auf Geschäftsführung, Bilanzprüfung, Gewinnvertheilung, Auflösung, Kündigung der Gesellschaft, Ausscheiden eines Complementars) nicht wie die Commanditisten einer einfachen Commanditgesellschaft jeder einzeln, sondern nur gemeinschaftlich in der Generalversammlung aus (Art. 186), welcher jedoch eine weit geringere Bedeutung zukommt, als der Generalversammlung einer reinen Actiengesellschaft; sie repräsentirt nicht die ganze Gesellschaft, sondern nur deren beschränkt haftende Mitglieder, welchen die Complementare mit ihrer unbeschränkten Haftung und präsumtiven Vertretungsbefugniß gegenüberstehen; sie hat daher auch nur die Interessen der Commanditisten, nicht die der Gesellschaft zu wahren. Ihre Beschlüsse stellen den Willen der Commanditisten, nicht jenen der Gesellschaft dar, den Willen eines Gesellschaftsmitgliedes, nicht der Gesellschaft. Auf daß ein Generalversammlungsbeschluß Gesellschaftswille werde, bedarf es noch eines einstimmigen identischen Beschlusses der Complementare, oder mit anderen Worten: der Wille der Gesellschaft kommt zustande durch einstimmigen Beschluß der Complementare und das identische Votum der Generalversammlung der Commanditisten. Letztere faßt ihre Beschlüsse mit Stimmenmehrheit, falls nicht im Statute anderes bestimmt ist (Art. 190).[13]) Ihre Berufung erfolgt, wenn nicht das Statut anderes bestimmt, durch die persönlich haftenden Gesellschafter oder durch den Aufsichtsrath (Art. 187)[14]), und zwar in den im Statute angegebenen Fällen, und außerdem, so oft es das Interesse der Gesellschaft erheischt (Art. 188 Abs. 1)[15]), sowie wenn deren Berufung von einem oder mehreren Commanditisten, deren Actien zusammen den zehnten bezw. den zu diesem Zwecke nach dem Statute erforderlichen aliquoten Theil des Gesammtcapitals der Commanditisten darstellen, in einer von ihnen unterzeichneten Eingabe unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangt wird (Art. 188 Abs. 2).[16]) Rücksichtlich der Form der Berufung, der Ausübung des Stimmrechtes[17]), der Beschlußfähigkeit, der Tagesordnung der Generalversammlung (Gegenstände der Beschlußfassung und Anträge) und der Beur-

---

12) Goldschmidt, System §. 64.

13) Mehr detaillirte Bestimmungen enthält Art. 190 deutsches Act. Ges.

14) Ebenso deutsches Act. Ges. Art. 187 Abs. 1.

15) Deutsches Act. Ges. Art. 187 Abs. 2.

16) Fast gleichlautend Art. 188 Abs. 1 deutsches Act. Ges. —, jedoch ist im deutschen Gesetz nicht ausgesprochen, daß das Zehntel des Gesammtcapitals auch in einer Hand vereinigt sein kann und daß diesfalls dieser eine Commanditist das Recht hat, die Einberufung der Generalversammlung zu verlangen.

17) Nach deutschem Actienrechte haben persönlich haftende Gesellschafter, welchen Antheile an dem Gesammtcapitale zustehen (Art. 174a, 180h Abs. 3) oder welche sonst Actien erwerben, kein Stimmrecht (Art. 190 Abs. 4). Dies dürfte mit Rücksicht auf die rechtliche Stellung der Commanditisten und der Complementare innerhalb der Gesellschaft wohl auch nach östr. Rechte für persönlich haftende Gesellschafter gelten, welche Actien erwerben.

kundung der Beschlüsse derselben gelten dieselben Bestimmungen wie für die Actiengesellschaften (s. oben §. 73; Art. 189[18]); §. 87 Not. Ordg.). Die Competenz der Generalversammlung richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung gehören (als Pflicht und Recht) zur Competenz der Generalversammlung[19]): 1. Wahl des Aufsichtsrathes (Art. 175 Z. 6; 177 Z. 3); 2. Vergütung für den ersten Aufsichtsrath (Art. 192), 3. Entgegennahme des jährlichen Rechenschaftsberichtes des Aufsichtsrathes und der Vorschläge über Gewinnvertheilung (Art. 193), 4. Wahl eines oder mehrerer Bevollmächtigter zur Führung eines Processes gegen den Aufsichtsrath oder Mitglieder desselben, oder gegen einen Complementar (Art. 195), sowie überhaupt Entscheidung über die Führung eines Processes gegen einen Complementar (durch den Aufsichtsrath, dem jeder Commanditist als Intervenient beitreten kann), 5. Anordnung der Schätzung der nicht in baarem Gelde bestehenden Einlage eines Gesellschafters und Prüfung und Genehmigung des Schätzungsergebnisses (Art. 180), und 6. Wahl derjenigen Personen, welche mit den persönlich haftenden Gesellschaftern gemeinsam die Liquidation der Gesellschaft vorzunehmen haben (Art. 205).

Die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung der Commanditactionäre erfolgt, wenn nicht im Gesellschaftsvertrage anderes bestimmt ist, durch den Aufsichtsrath (Art. 186 Abs. 2). Dieser ist bei den Commanditactiengesellschaften obligatorisch und muß aus mindestens fünf Mitgliedern bestehen, welche aus der Zahl der Commanditisten in der Generalversammlung zu wählen sind (Art. 175 Z. 6, 177 Z. 3)[20]), und zwar das erste Mal auf ein Jahr und dann auf nicht länger als fünf Jahre. Eine Wahl auf einen längeren Zeitraum ist ohne rechtliche Wirkung (Art. 191).[21]) Ausgeschlossen von der Wahl in den Aufsichtsrath sind solche Commanditisten, welche zugleich Handelsmäkler sind (Art. 69 in der Fassung des Mäklergeś. v. 4. April 1875, R. G. Bl. Nr. 68).[22])

Dem Aufsichtsrathe obliegt die Ueberwachung der Geschäftsführung in allen Zweigen, die Prüfung der Jahresrechnungen und der von den Complementaren vorzulegenden Bilanzen, dann der Gewinnvertheilungsvorschläge, sowie die diesbezügliche alljährliche Berichterstattung an die

18) Ebenso deutsches Act. R. (Art. 189).

19) Ebenso im Allgemeinen nach deutschem Act. R. (Vgl. Art. 175 e, 192, 193, 194, 195, 205.)

20) Deutsches Act. Ges. Art. 175 e und 191 nur mindestens drei Mitglieder.

21) D. Act. Ges. Art. 191; durch Begrenzung der Mandatsdauer des gewählten Aufsichtsrathes auf höchstens fünf Jahre, und durch die hiedurch erforderliche öftere Neuwahl wird die Sicherheit der Commanditisten vermehrt. Für den ersten Aufsichtsrath aber wurde eine noch kürzere Frist (ein Jahr) festgesetzt, weil bei der ersten Wahl die Commanditisten noch nicht im Stande sind, die Lage vollständig zu übersehen und daher Gefahr vorliegt, daß die Gründer der Gesellschaft ihr natürliches Uebergewicht bei dieser Wahl in ihrem einseitigen Interesse ausbeuten können. (Motive z. preuß. Entw. S. 83 f.)

22) Nicht so in Deutschland, wo noch mit Ausnahme der Art. 77, 78 u. Art. 79 Abs. 2 die ursprüngliche Fassung des VII. Titels des I. Buches des H. G. B. gilt.

Generalversammlung. Zu diesem Behufe kann er sich durch Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft über Gang und Stand der Geschäfte informiren und den Bestand der Gesellschaftscasse untersuchen (Art. 193).[23]) Er ist ermächtigt, auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung, ja, soweit es sich um seine eigene Verantwortlichkeit handelt, auch ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung, gegen die persönlich haftenden Gesellschafter Proceß zu führen, in welchen jeder Commanditist als Intervenient auf seine Kosten eintreten kann (Art. 194).[24]) Den Mitgliedern des Aufsichtsrathes kann seitens der Generalversammlung eine Vergütung für ihre Mühewaltung zuerkannt werden, den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrathes aber mit rechtlicher Wirkung nur durch einen nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres einzuholenden Beschluß der Generalversammlung (Art. 192).[25]) Der Aufsichtsrath ist „Control- und Executivorgan für die Gesammtheit der Commanditisten“ [26]), daher diesen verantwortlich, weßhalb die Commanditisten gegen sie Processe führen können, in welchen sie durch in der Generalversammlung zu wählende oder im Hinderungsfalle durch das Handelsgericht zu bestellende Bevollmächtigte vertreten werden, denen sich jeder Commanditist als Intervenient anschließen kann (Art. 195).[27])

III. Das Vermögen der Commandit-Actiengesellschaft besteht aus dem Commanditcapital, den Einlagen der Complementare und dem eventuellen Reservefond. Das Commanditcapital ist in Actien oder Actienantheile zerlegt, welche auf Namen und auf den Betrag von mindestens 300 fl. lauten müssen (Art. 173 u. §. 33 Einf. Ges.).[28]) Auf den Inhaber lautende oder auf geringere Beträge lautende Actien sind ungiltig, und ihre Aussteller den Besitzern für allen durch deren Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet. Diese Vorschriften gelten auch für

---

23) Vgl. hiezu Art. 193 in der Fassung des deutschen Act. Ges.

24) Ebenso nach deutschem Actienrechte (Art. 194), wo jedoch mit Rücksicht auf das deutsche Proceßrecht die Bestimmung des Absatzes 2 des cit. Art.: „Jeder Commanditist ist befugt, als Intervenient in den Proceß auf seine Kosten einzutreten“, wegfiel.

25) Ebenso deutsches Act. Ges. (Art. 192).

26) Goldschmidt, System §. 64.

27) Auch hier fiel im deutschen Gesetze (Art. 195) der Satz über den Eintritt des Commanditisten als Intervenient in den Proceß weg. — Nach deutschem Rechte (Art. 190a) können Beschlüsse der Generalversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder des Statutes als ungiltig mittels Klage gegen die persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie nicht selbst klagen, und gegen den Aufsichtsrath angefochten werden. In diesem Falle ist der Aufsichtsrath nicht selbst Proceßpartei, sondern seine einzelnen Mitglieder sind gesetzliche Vertreter der Gesellschaft. Ueber die rechtliche Stellung des Aufsichtsrathes und der einzelnen Mitglieder desselben in solchen Processen und insbesondere auch den persönlich haftenden Gesellschaftern gegenüber und die Eidesleistung in solchen Fällen siehe Alexander in Ztschr. f. H. R. XL. S. 89 ff.

28) Nach dem Art. 173 H. G. B. waren als Mindestbetrag 200 Vereinsthaler festgesetzt gewesen, es blieb jedoch der Landesgesetzgebung vorbehalten, nach Maßgabe der besonderen örtlichen Bedürfnisse einen geringeren Betrag zu gestatten. In §. 33 Einf. Ges. wurde dieses Minimum mit 300 fl. festgesetzt. In Deutschland müssen nach Art. 173a die Actien auf einen Betrag von mindestens 1000 Mark gestellt werden.

Promessen und Interimsscheine (Art. 173). Die Actien oder Actienantheile sind untheilbar und müssen mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Stand in das sog. Actienbuch der Gesellschaft eingetragen werden. Sie können, wenn nicht im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich anderes bestimmt ist, auch ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter auf andere Personen übertragen werden, was auch durch Indossament geschehen kann (Art. 182).[29] Der Commanditist ist verpflichtet, den gezeichneten Betrag einzuzahlen, was, wenn es im Vertrage bestimmt ist, auch ratenweise geschehen kann. Solange dieser Betrag nicht vollständig eingezahlt ist, bleibt der ursprüngliche Zeichner für den Rückstand haftungspflichtig, wenn er auch bereits seine Actie an einen anderen übertragen hätte (Art. 183, 184). Von dieser Verpflichtung kann die Gesellschaft keinen Actienzeichner entheben (Art. 184).[30])

Der Commanditist entledigt sich dieser Verpflichtung in der Regel durch Baarleistung. Doch kann diese auch in der Ueberlassung einer anderen (beweglichen oder unbeweglichen, verbrauchbaren oder unverbrauchbaren, vertretbaren oder unvertretbaren) Sache an die Gesellschaft bestehen. In diesem Falle aber, sowie wenn ein Gesellschafter sich zu seinen Gunsten besondere Vortheile, wie z. B. Sicherstellung gegen die Gefahr des Verlustes, höhere Dividende, Zinsen u. ähnl. ausbedingt, muß in einer Generalversammlung der Commanditisten die Abschätzung der nicht in Geld eingebrachten Einlage[31]) bezw. die Prüfung der Zulässigkeit der von einem Gesellschafter bedungenen Vortheile angeordnet werden. In der Regel wird hiemit ein gleichzeitig zu wählender Ausschuß oder auch nur ein einzelnes Mitglied betraut, welches hierüber in der nächsten Generalversammlung Bericht zu erstatten hat (Art. 180 Abs. 1). Die Gutheißung der Abschätzung der nicht baaren Einlage bezw. des Ergebnisses der Prüfung des ausbedungenen Vortheiles erfolgt durch einen einfachen Majoritätsbeschluß der in der Generalversammlung anwesenden oder durch Vollmacht vertretenen Commanditisten. Diese Mehrheit aber ist doch insofern eine qualificirte, als sie mindestens ein Viertel der sämmtlichen Commanditisten umfassen und als in derselben mindestens ein Viertel des gesammten in Actien zerlegten Capitals der Commanditisten vertreten sein muß. Der Gesellschafter, um dessen Einlage und Begünstigung es sich handelt, hat bei der Beschlußfassung keine Stimme (Art. 180 Abs. 2), was aber nicht ausschließt, daß er als Bevollmächtigter anderer Commanditisten stimmen kann. Die vorstehend erörterten Bestimmungen des Art. 180 Abs. 1 und 2 sind zwingender Natur und können durch keinerlei Parteidisposition abgeändert werden, ja das Gesetz erklärt einen gegen den Inhalt dieser Bestimmungen abgeschlossenen Vertrag ausdrücklich als rechtlich unwirksam (Art. 180 Abs. 3). Auch dem

29) Näheres s. oben §. 70.

30) Vgl. R. G. II. S. 14 ff., 40 ff. Detaillirte Bestimmungen enthält das deutsche Act. Ges Art. 183 bis einschließl. 184 d.

31) Dies wurde vorgeschrieben, um zu verhindern, daß die Gründer der Gesellschaft durch Ueberschätzung ihrer nicht in baarem Gelde bestehenden Einlage sich zum Nachtheile der übrigen Gesellschafter bereichern (Prot. S. 382).

Commanditisten, welcher eine nicht baare Einlage macht, die sich aber in Geld darstellen läßt, oder der sich besondere Vortheile ausbedungen hat, welche von der Generalversammlung gutgeheißen wurden, werden hierüber Actien oder Actienantheile in entsprechendem Betrage hinausgegeben, wodurch sich seine Einlage erhöht.[32])

Die geleisteten Einlagen können den Commanditisten, solange die Gesellschaft besteht, niemals gänzlich (Art. 197 Abs. 1), und theilweise nur vermöge einer staatlich genehmigten Abänderung des Gesellschaftsvertrages, u. z. dann nur unter denselben Modalitäten, welche für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind (Art. 203 in Zusammenhang mit 201, 202) zurückgezahlt werden.[33])

Für Dawiderhandeln werden der Aufsichtsrath und die Complementare solidarisch haftungspflichtig (Art. 204 Z. 1 u. 3).[34])

Feste Zinsen dürfen den Commanditisten weder ausbedungen noch gezahlt werden, sondern es darf nur der aus der jährlichen Bilanz nach Abzug des eventuellen Reservefonds, falls ein solcher im Statute gefordert wird, sich ergebende reine Ueberschuß als Dividende vertheilt werden (Art. 197 Abs. 2). Insoweit die Commanditisten dieser Vorschrift des Art. 197 Abs. 2 entgegen Zahlungen empfangen haben, haften sie für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft; nur die bona fide bezogene Dividende brauchen sie nicht zurückzustellen (Art. 197 Abs. 3).[35])

Auch werden in solchen Fällen die Mitglieder des Aufsichtsrathes sowie die persönlich haftenden Gesellschafter solidarisch zur Erstattung solcher Zahlungen verpflichtet, wenn diese mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgten (Art. 204 Z. 1 u. 2).[36])

Die Complementare erhalten für die auf ihre Einlage entfallenden gesellschaftlichen Capitalsantheile und für die etwa ausbedungenen Vortheile weder Actien, noch dürfen sie ihren Antheil veräußern[37] (Art. 181)[38]), jedoch steht nichts im Wege, daß sie, wie jeder Dritte, rechtswirksam Actien der Gesellschaft erwerben können.[39])

Das Gesetz legt den Complementaren als den Vertretern und Geschäftsführern der Gesellschaft die Pflicht auf, dem Aufsichtsrathe und den Commanditisten spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen (Art. 185).[40])

---

32) Vgl. Holain, Oesterreichische Handelsgesetze zu Art. 180. — An Stelle der im Texte besprochenen Bestimmungen des Art. 180 H. G. B. enthält das deutsche Act. Ges. in Art. 180 bis incl. 180 i eingehende Vorschriften über die Einlagen.

33) Vgl. deutsches Act. Ges. Art. 203, 200, 201, 202.

34) Vgl. deutsches Act. Ges. Art. 204 Z. 1 u. 3.

35) S. oben §. 70.

36) Vgl. deutsches Act. Ges. Art. 204 Z. 1 u. 2.

37) Dies ward im Interesse der Commanditisten bestimmt (v. Hahn, Comm. §. 1 zu Art. 181).

38) Vgl. hiemit die eingehenden Bestimmungen der Art. 181 und 181 a des deutschen Act. Ges.

39) v. Hahn, Comm. I. §. 3 zu Art. 181.

40) Vgl. Art. 185 deutsches Act. Ges.

§. 80.

C. Auflösung und Liquidation (Concurs) der Gesellschaft.

I. Rücksichtlich der Auflösung der Commanditgesellschaft auf Actien gelten zufolge Art. 200 H. G. B. vor Allem dieselben Regeln, wie für die einfache Commanditgesellschaft[1]), nur daß hier einige durch den Doppelcharakter als Commandit- und als Actiengesellschaft bedingte Modificationen eintreten:

1. Tod, Concurs oder Dispositionsunfähigkeit eines Commanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge (Art. 200).[2])

2. Die Privatgläubiger des Commanditisten können die Auflösung der Gesellschaft nicht verlangen (Art. 200).[3])

3. Der Austritt eines persönlich haftenden Gesellschafters aus der Gesellschaft ist, selbst wenn er infolge gegenseitiger Uebereinkunft erfolgt, nicht gestattet, und die diesbezügliche Uebereinkunft (einstimmiger Beschluß der Complementare und zustimmender Beschluß der Generalversammlung der Commanditisten) kommt dem Beschlusse, die Gesellschaft aufzulösen, gleich (Art. 199).[4])

4. Auch hier muß die Auflösung der Gesellschaft außer dem Fall des Concurses in das Handelsregister eingetragen werden u. z. auch dann, wenn die Auflösung infolge Ablauf der Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen war, erfolgt (Art. 201).[5])

II. Die Liquidation, für welche die Grundsätze der offenen Handelsgesellschaft sowie der Commanditgesellschaft gelten, erfolgt, wenn nicht das Statut anderes bestimmt, durch sämmtliche Complementare und eine oder mehrere von der Generalversammlung der Commanditisten zu wählende Personen (Art. 205), die nicht Actionäre sein müssen.

Die Vertheilung des Vermögens einer Commandit-Actiengesellschaft, deren Auflösung nicht infolge Concurses, sondern aus anderen Gründen erfolgte, darf erst ein Jahr nach Registrirung der Auflösung vollzogen werden. Die aus den Handelsbüchern ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger sind durch besondere Erlässe aufzufordern, sich zu

---

1) Art. 123—128 H. G. B. mit Ausnahme von Art. 126. So auch nach deutschem Actienrechte die Art. 123—129 H. G. B. mit Ausnahme von Art. 126; nur fügt Art. 200 noch bei, daß die in Art. 129 vorgeschriebene Registrirung der Auflösung der Gesellschaft auch bei dem Handelsgerichte einer jeden Zweigniederlassung zu geschehen habe und daß Dritten gegenüber die Eintragung beim Handelsgerichte, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, entscheidet.

2) Ebenso deutsches Act. Ges. Art. 200.

3) Ebenso deutsches Act. Ges. Art. 200.

4) Auch nach deutschem Actienrechte (Art. 199 Abs. 1) steht die Uebereinkunft, durch welche das Austreten eines oder mehrerer persönlich haftender Gesellschafter bestimmt wird, der Auflösung der Gesellschaft gleich, und bedarf es hiezu der Zustimmung der Generalversammlung der Commanditisten. Jedoch kann nach deutschem Rechte (Art. 199 Abs. 2) durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß das Austreten eines oder mehrerer persönlich haftender Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft dann nicht zur Folge habe, wenn mindestens noch ein persönlich haftender Gesellschafter bleibt.

5) Für das deutsche Recht s. Note 1.

melden; unterlassen sie dies, so wird der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich deponirt, was auch von noch schwebenden Schulden und strittigen Forderungen gilt, sofern nicht die Vertheilung bis zu deren Erledigung hinausgeschoben, oder den Gläubigern angemessene Sicherheit bestellt wird.[6]) (Art. 202[7]). Für eine Vertheilung gegen diese Bestimmungen sind die Mitglieder des Aufsichtsrathes gleich den persönlich haftenden Gesellschaftern solidarisch verantwortlich, wenn sie, obgleich sie davon wußten, keine Einsprache erhoben (Art. 204 Z. 3).[8])

§. 81.

7. Gelegenheitsgesellschaft.[1])

I. Die Gelegenheitsgesellschaft ist Vereinigung zu einem oder mehreren Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung (Art. 266). Ist keiner der Gesellschafter Kaufmann, so muß die Vereinigung zum Betriebe eines oder mehrerer absoluter Handelsgeschäfte erfolgen (s. oben §. 14), denn damit ein Geschäft ein subjectives oder relatives Handelsgeschäft sei, muß mindestens einer der Gesellschafter Kaufmann sein, da hier gewerbsmäßiger Betrieb ausgeschlossen ist.[2]) Die Gelegenheitsgesellschaft bedarf keines schriftlichen Vertrages und ist auch sonst keinerlei Förmlichkeiten unterworfen (Art. 266), wie z. B. der Registrirung, hat keine Firma, keine Niederlassung.

II. Das H. G. B. enthält nur sehr wenige Bestimmungen über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

---

6) Der klagweise erhobene Anspruch auf Rechnunglegung stellt sich nicht als Forderung im Sinne des Art. 202 H. G. B. dar, berechtigt daher noch nicht zum Verlangen der Sicherstellung in einem Geldbetrage oder der Sistirung der Vermögensvertheilung (Adler-Clemens III. Nr. 482).

7) Deutsches Act. Ges. Art. 201 u. 202. Die gerichtl. Deponirung muß nicht nothwendig mittels Klage geltend gemacht werden; es genügt ein Gesuch (Nowak, Entsch. I., II. Abth. Nr. 14).

8) Vgl. deutsches Act. Ges. Art. 204 Abs. 2 Z. 5, wo neben der theilweisen Zurückzahlung auch noch die Herabsetzung des Capitals der Commanditisten oder eine Amortisation von Actien gegen die gesetzlichen Bestimmungen angeführt ist.

1) Außer den Commentaren u. Lehr- u. Handbüchern s. noch Wolff in Busch, Archiv f. H. u. W R. XVIII. S. 257 ff.; Hauser im Centralorgan N. F. VIII. S. 8 ff.; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XV. S. 299 ff.; Sydow ebenda XIX. S. 427 ff. Rechtsquellen: Art. 266—270 H. G. B., §. 62 ung. u. §. 66 bosn. H. G.

2) Dadurch unterscheidet sich die Gelegenheitsgesellschaft hauptsächlich von der Handelsgesellschaft, indem letztere stets auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, nicht so die erstere. Die mehreren Geschäfte der Gelegenheitsgesellschaft müssen daher vereinzelte Unternehmungen bleiben, sie dürfen nicht als Theile eines Ganzen, eines einheitlichen Gewerbebetriebes erscheinen. Die Grenze zu finden, ist Sache des richterlichen Ermessens. Das Hauptcriterium ist der Mangel eines gesonderten Gesellschaftsvermögens sowie auch der Umstand, daß bei dem einzelnen Geschäfte stets nur die einzelnen Theilnehmer als solche in Betracht kommen, welche dasselbe ausführen (vgl. Motive zum preuß. Entw. S. 99; Entsch. R. O. H. G. IX. S. 160 ff.). Auch begründen die Gelegenheitsassociationen kein fortdauerndes Verhältniß (vgl. preuß. Motive S. 99; R. O. H. G. IX. S. 164).

Es kommt daher insbesondere für das gegenseitige Verhältniß der Theilnehmer vor Allem auf den Inhalt der getroffenen Vereinbarung an, sodann tritt das Handelsgewohnheitsrecht, und endlich das bürgerliche Recht in Anwendung.[3])

III. Das Gesetz bestimmt eine gleiche Beitragspflicht aller Theilnehmer zu dem gemeinschaftlichen Unternehmen, läßt jedoch eine andere Verabredung der Theilhaber (bei Eingehung der Vereinigung) zu (Art. 267). Das Gesetz sagt nicht, worin die Einlage der einzelnen Theilnehmer zu bestehen habe, es kann daher jede vom Verkehre nicht ausgeschlossene Sache, eine bewegliche oder unbewegliche, verbrauchbare oder unverbrauchbare, vertretbare oder unvertretbare Sache Gegenstand der Einlage sein.

Der Antheil der einzelnen Theilnehmer an Gewinn und Verlust des gemeinsamen Unternehmens bestimmt sich zunächst nach der Vereinbarung. In Ermangelung einer diesbezüglichen Vereinbarung werden etwa gezahlte Einlagen zu 6% (Art. 287) verzinst, und wird der nach Abzug dieser sechspercentigen Zinsen sich ergebende Gewinn und Verlust nach Köpfen vertheilt (Art. 268).[4]) Die Geschäftsführung muß in Ermangelung einer diesbezüglichen Vereinbarung bezw. im Zweifel von allen Theilnehmern ausgeübt werden, kann aber auch einem Theilnehmer oder auch einem dritten gemeinsamen Bevollmächtigten übertragen sein.[5])

IV. Nach außenhin tritt das Gesellschaftsverhältniß als solches nicht hervor. Es entsteht daher nur zwischen dem contrahirenden Theilhaber und dem Dritten ein unmittelbares Rechtsverhältniß, und nur der handelnde Socius allein wird hieraus berechtigt oder verpflichtet, selbst dann, wenn er nicht nur in seinem Namen, sondern auch im Namen der übrigen, aber ohne deren Vollmacht oder Genehmigung handelt. Solidarische Berechtigung oder Verpflichtung aller Theilhaber tritt ein, 1. wenn einer derselben in Vollmacht oder mit nachträglicher Genehmigung und im Namen der übrigen contrahirt, 2. wenn die Theilhaber gemeinschaftlich handeln, 3. wenn die Theilhaber durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten contrahiren (Art. 269).[6])

V. Nach Beendigung des gemeinschaftlichen Geschäftes, unter Umständen (über richterliche Anordnung) auch vor Beendigung des Geschäftes, erfolgt die Rechnungslegung durch den socius gerens an die übrigen Ge-

---

3) R. O. H. G. XXII. S. 177 ff.

4) Die Theilnehmer müssen am Gewinn und Verlust participiren, es genügt nicht das Zugeständniß einer Tantième an einen (besoldeten) Theilnehmer, noch die Erklärung eines Theilnehmers, daß er das Geschäft nur dann übernehmen wolle, wenn der andere Theilnehmer sich zur ferneren Leitung des Unternehmens bestimmen läßt (Obst. G. in Geller's C. Bl. f. jurist. Praxis IV. Nr. 153).

5) Bestellte Waare kann daher rechtsgiltig an einen der Theilnehmer geliefert werden (Adler-Clemens II. Nr. 217). Der Dritte erlangt gegen die nicht handelnden Theilnehmer aber nur dann Rechte, wenn der handelnde Theilnehmer bei Abschluß des Geschäftes erklärte, daß er im Namen der Anderen, die ihn bevollmächtigten oder beauftragten, handle (R. O. H. G. IX. S. 282 ff.).

6) Die solidarische Verpflichtung ist unabhängig von dem Zustandekommen des Geschäftes (R. O. H. G. VIII. S. 46 ff.).

sellschafter (Art. 270).[7]) Die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern erfolgt nach bürgerlichem Rechte. Der geschäftsführende Theilnehmer besorgt in der Regel, falls nichts anderes vereinbart wird, die Liquidation; er hat die Geschäfte fortzuführen und zu vollenden.[8])

VI. Gelegenheitsgesellschaften sind insbesondere die sog. Finanzconsortien oder Syndicate z. B. zur Gründung von Actienvereinen, Negociirung von Anlehen u. s. w.[9]) Auch ist es möglich, daß ein von der Gesellschaft bestellter Leiter mit Dritten sog. Consortialverträge abschließt, wodurch die Dritten mitberechtigt werden. Jeder Consortialbetheiligte kann seinen Antheil weiter veräußern oder Dritte an seinem Unternehmen betheiligen lassen („Unterconsortialen").

§. 82.

8. Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften.[1])

A. Begriff und Arten der Genossenschaften.[2])

I. Die Genossenschaften verdanken ihre Entstehung nicht den Bedürfnissen und Anschauungen des Handels, sondern wirthschaftlichen Gründen

7) Nicht immer erst nach völliger Beendigung des Geschäftes, sondern auch nach jedem erheblichen Schritte (R. O. H. G. XXII. S. 177 ff.). Wer Rechnungslegung verlangt, muß selbst Erfüllung seiner Pflichten nachweisen (Obstg. Entsch. in Geller's C. Bl. f. jurist. Praxis VII. Nr. 310). Vgl. auch Adler-Clemens V. Nr. 791.

8) Prot. S. 402 ff.; §. 1021 a. b. G. B.

9) Goldschmidt, Syst. §. 79.

1) Literatur: Schultze-Delitzsch, Associationsbuch für deutsche Handwerker und Arbeiter (1853); Die Gesetzgebung über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (1869); Streitfragen im deutschen Genossenschaftsrecht (1880); Material zur Revision des Gen. Ges. (1883); Huber in Bluntschli's Staats-Wörterb. unter „Association"; Die genossenschaftliche Selbsthilfe der arbeitenden Classen (1865); Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht (3 Bde.); Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887) [s. dazu Rosin in Gruchot's Beitr. XXXI. S. 753 ff]; v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland (s. dazu Gierke in Ztschr. f. H. R. XX. S. 298 ff.); Rosenthal, Die Credit-, Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften; Fritze, Die Credit-, Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften (1871); Sohm, Die deutsche Genossenschaft (1889); Parisius, Die deutschen Genossenschaftsgesetze (1876); dann Crüger, Die Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften in den einzelnen Ländern (1892); Wolff in Endemann's Handbuch des H. S. und W. R. und die Hand- und Lehrbücher des H. R. von Endemann, Thöl, Gareis, Cosack; Comm. zum H. G. B. von Anschütz-Völderndorff; Lehrbücher des deutschen Privatrechtes von Beseler, Gengler und insbesondere Stobbe-Schulz; in letztgenanntem Werke reiche Literatur- und Judicaturangaben; Commentare zum deutschen Gen. Ges. v. Parisius-Crüger (1889), Pröbst (1889), Maurer (1890), Joël (1890); Kuntze in Ztschr. f. H. R. VI. S. 220 ff.; Auerbach ebenda VII. S. 1 ff., 338 ff.; Goldschmidt ebenda XXVII. S. 1 ff. (auch separat „Erwerbs und Wirthschaftsgenossenschaften", 1882) und XXXVII. S. 23 ff.; Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. f. öff. u. Priv. R. der Gegenw. VIII. S. 54 ff. — vgl. auch Schönberg im Hdb. d. pol. Oec. II. S. 531 ff. und Verhandlungen des VIII. und XVIII. deutschen Juristentages. Speciell für Oesterreich außer Krasnopolski a. a. O. auch Lemayer in Allg. östr. Ger. Ztg. Nr. 1 ff. v. 1869. Grünhut ebenda Nr. 30 ff. v. 1872; Randa ebda. Nr. 20 ff. v. 1874; Stroß, Das östr. Genossenschaftsrecht (1887).

und Interessen.[3]) In der Vereinigung zur Genossenschaft ward Schutz für den kleineren Gewerbetreibenden und Handwerker gegen die erdrückende und verzehrende Concurrenz des Großbetriebes, für die Selbständigkeit des Kleinbesitzes neben dem Großgrundbesitz gesucht; „und in ihren letzten Zielen strebt die Genossenschaftsbewegung nichts Geringeres an, als auch die heute unselbständigen und an den modernen Erwerbsunternehmungen nur in der Form des Lohnes betheiligten Arbeiter zu selbständigen Trägern genossenschaftlicher Unternehmungen zu machen.“ [4]) Im Wettstreite des Erwerbes vermochte der Einzelne allein seine ökonomische Selbständigkeit nicht mehr zu wahren, und als die alten organischen Körperschaften, die Zünfte und Innungen, welche „trotz aller ihnen anklebenden Mängel, doch den einzelnen durch das corporative Band geeinigten Elementen wenigstens ihre ökonomische Selbständigkeit wahrten“, ihrer Bedeutung beraubt, aufgelöst wurden und zusammenbrachen, „mußten neue wirthschaftliche Organismen geschaffen werden, durch welche die in ihrer Vereinzelung mit dem gänzlichen Verlust der ökonomischen Selbständigkeit bedrohten Kreise zu gemeinschaftlichem Wirken, zu einer organischen Einheit verbunden wurden, wirthschaftliche Organismen, durch welche ... die Tragweite auch der geringsten Kraft in dem Maaße gesteigert wird, daß ihr die Vortheile der größten Kraft, der Großwirthschaft, Großproduction, zugänglich gemacht werden.“ [5]) Diese Organismen sind die auf Selbsthilfe beruhenden persönlichen Genossenschaften für Wirthschafts- und Erwerbszwecke.“

II. Im weitesten Sinne werden unter Genossenschaften alle deutschrechtlichen Körperschaften verstanden, die nicht Gemeinden sind. Nach der Terminologie der neueren Gesetzgebung erscheint das Wort „Genossenschaft“ als terminus technicus für alle jene Vereinigungen, welche bestimmt sind,

---

Zur Geschichte vgl. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht I. S. 1045 ff.; Zeidler, Gesch. des D. Genossenschaftswesens der Neuzeit; Lastig in Ztschr. f. H. R. XXIV. S. 387 ff.

Rechtsquellen f. Oesterreich: Ges. über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften v. 9. April 1873 Nr. 70 R. G. Bl. nebst Vollzugs-Vdg. v. 14. Mai 1873 Nr. 71 R. G. Bl. und Ges. v. 21. Mai 1873 Nr. 87 R. G. Bl. betr. Stempel- und Gebührenbegünstigungen der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, nicht aber Vereinsges. v. 26. Nov. 1852, außer bezgl. schon vor dem Gen. Ges. bestandenen und auch nachträglich nicht registrirten Genossenschaften (§§. 90, 91). In Ungarn H. G. §§. 223—257; in Bosnien H. G. §§. 245–281. In Deutschland: Reichsges. v. 1. Mai 1889 R. G. Bl. S. 55 nebst Bekanntmachg. v. 11. Juli 1889 betr. die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldungen zu demselben R. G. Bl. S. 150; §. 3 des Einf. Ges. z. Conc. Ordnung (früher Reichsgesetz v. 4. Juli 1868 u. Declaration v. 19. Mai 1871; Conc. Ordnung §§. 195 bis 197 und Einf. Ges. dazu §. 3; Sächs. Ges. v. 15. Juni 1868, 25. März 1874; vgl. hiezu v. Sicherer a. a. O. S. 69 ff.; Ring im Arch. f. bürg. R. V. S. 140 ff.; bayer. Ges. v. 29. April 1869 (vgl. hiezu Hauser in Ztschr. f. H. R. XIV. S. 341 ff.); Reichsges. v. 23. Juni 1873.

2) Außer der Literatur in Note 1 s. auch noch Wilckens, Der jurist. Charakter der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (1873) [s. dazu Sachs in Ztschr. f. H. R. XIX. S. 327 ff.]; Reinartz, Die eingetragene Genossenschaft als Corporation (1883).

3) Gareis, H. R. §. 37.

4) Gierke in v. Holtzendorff's Rechtslexikon II. unter „Genossenschaften“.

5) Grünhut in Ger. Ztg. Nr. 30 von 1872.

die wirthschaftliche Lage ihrer Mitglieder mittels Geschäftsbetriebes zu fördern. Diese werden daher auch besser und richtiger Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften genannt. In diesem Sinne nimmt auch das österreich. Genossenschaftsgesetz vom 9. April 1873 Nr. 70 R. G. B. den Begriff der Genossenschaften als „Vereine von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes oder mittels Creditgewährung bezwecken" (§. 1 Genoss. Ges.), und bezeichnet diese Genossenschaften, zu denen es insbesondere Vorschuß- und Creditvereine, Rohstoff- und Magazinvereine, Productivgenossenschaften, Consumvereine, Wohnungsgenossenschaften u. a. m. rechnet (§. 1), als „Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften".[6]) Aus dieser gesetzlichen Definition der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften ergeben sich insbesondere drei Begriffsmerkmale derselben, wodurch sich dieselben von allen übrigen Gesellschaften (Handelsgesellschaften), Vereinen &c. unterscheiden: 1. die nicht geschlossene Mitgliederzahl, 2. der ausgesprochene Zweck der Förderung des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder, und 3. Verfolgung dieses Zweckes mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes.

III. Die Genossenschaft ist ein mit Corporationsrechten ausgestatteter Personenverband; sie hat selbständiges Vermögen, selbständige Rechtsfähigkeit, eigene Organe ihren eigenen Willen. Die unbeschränkte Haftung der Genossenschafter bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung erscheint als Bürgschaft der Genossenschafter für die Schuld der Genossenschaft.[6a])

IV. Die im Genossenschaftsgesetze für die Genossenschaften aufgestellten Rechtssätze sind zumeist den im H. G. B. für die Actiengesellschaften gegebenen Normen nachgebildet. Aber nichtsdestoweniger ist die Genossenschaft nach österreich. Rechte keine Handelsgesellschaft, auch dann nicht, wenn sie Handelsgeschäfte betreibt; wohl aber wird sie in letzterem Falle Kaufmann (Art. 4 H. G. B.) und gelten diesfalls, insoweit das Gen. Ges. nicht abweichende Vorschriften enthält, die betreffenden Bestimmungen des H. G. B. (Art. 4 u. ff.).[7])

V. Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften sind: a) Productivgenossenschaften, welche für gemeinschaftliche Rechnung an-

6) Vgl. §. 1 deutsches Genoss. Ges. v. 1889; §. 223 ung. u. §. 245 bosn. H. G. — Ueberschreitung des Wirkungskreises wird, wenn nicht strafgesetzwidrige, strenger zu ahndende Handlung vorliegt, mit Geld bis 300 fl. bestraft (Oest. Gen. Ges. §. 88).

6a) Ueber die Frage der jurist. Persönlichkeit der Genossenschaft s. insbes. v. Sicherer a. a. O. §. 4.

7) Vorschußvereine zum Zwecke der Förderung des Erwerbs ihrer Mitglieder durch Creditgewährung sind selbst, wenn sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreiben, nicht Handelsgesellschaften, sondern Erwerbsgenossenschaften (Adler-Clemens, Entsch. III. Nr. 473). — Nach §. 17 Abs. 2 des deutschen Gen. Ges. gelten Genossenschaften als Kaufleute im Sinne des H. G. B., soweit das Gen. Ges. keine abweichenden Bestimmungen enthält; nach ung. H. G. (§. 61) und bosn. H. G. (§. 65) sind die Genossenschaften (Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften) Handelsgesellschaften, auf welche, sofern nicht der XI. Titel des 1. Theiles des ung. und des bosn H. G. besondere Vorschriften enthalten, die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen Anwendung finden (§. 4 ung., §. 5 bosn. H. G.).

geschaffte Rohstoffe in gemeinschaftlicher Werkstätte verarbeiten, um das Product für gemeinsame Rechnung zu verwerthen. Sie sind so recht eigentlich das Prototyp einer Genossenschaft; durch sie ist dem kleinsten Gewerbsmanne die Möglichkeit des Betriebes eines größeren Unternehmens gegeben. Das Gesetz führt diese wie andere Formen der Genossenschaften nur als Beispiele an, unterläßt es aber absichtlich, dieselben zu definiren.[8])

b) Distributivgenossenschaften, welche die Herabminderung der Kosten der Consumtion von wirthschaftlichen Gütern (nicht nur von Lebensbedürfnissen) bezwecken, was sie dadurch erreichen, daß sie diese zu Zeiten, in welchen ihr Preis billiger ist, im Großen anschaffen und dann an die einzelnen Genossenschaften zum Gestehungspreise gegen Zuschlag eines mäßigen Percentsatzes zur Deckung der Betriebskosten zu Eigenthum oder zum Gebrauche überlassen. Hieher gehören: die Werkgenossenschaften zur Anschaffung von Geräthschaften zum Zwecke der Ausübung des Gewerbes auf Kosten der Genossenschaft und Ueberlassung derselben an die einzelnen Genossenschafter zu Eigenthum oder Benutzung; die Rohstoffvereine, welche denselben Zweck rücksichtlich der Rohstoffe verfolgen, die Magazinvereine oder Absatzgenossenschaften zum Zwecke des Verkaufes der von den Genossenschaftern angefertigten Waaren, sei es, daß die Waaren dem liefernden Genossenschafter bei Ablieferung an die Genossenschaft bezahlt und dann für Rechnung der Genossenschaft veräußert werden, oder daß die Genossenschaft selbe für Rechnung des producirenden Genossenschafters commissionsweise veräußert, und endlich Vorschuß- und Creditvereine. Allen diesen Genossenschaften ist gemeinsam der Zweck der Herabminderung der Kosten der Consumtion der wirthschaftlichen Güter bei der geschäftlichen Unternehmung selbst, während die Consumvereine behufs billigen Ueberlassens der seitens der Genossenschaft im Großen gekauften Lebensmittel an die Genossenschafter und die Wohnungsgenossenschaften[9]) zur Herstellung von Wohngebäuden für die Genossenschafter die Kosten der Hauswirthschaft ihrer Mitglieder zu vermindern suchen.

c) Genossenschaften zur Erhaltung der erworbenen wirthschaftlichen Güter, auch „Versicherungsgenossenschaften" genannt.[10])

---

8) Eine Definition wurde nicht für zweckmäßig erachtet, „weil so verschiedene Arten der Genossenschaften noch im Entstehen begriffen sind, welche bei einer taxativen Aufzählung und genauen Definition gar nicht unter das Gesetz passen würden, und weil es besser ist, hier dem allmälig sich herausbildenden Sprachgebrauche und der Form wie den speciellen Zwecken der Genossenschaft keine Gewalt anzuthun" (Ausschußbericht des Abgeordnetenhauses bei Kaserer, Das Ges. v. 9. April 1873 über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften S. 67). — Ebenso das ung. H. Ges. — Das deutsche Genossensch. Ges. definirt sie als „Vereine zur Herstellung von Gegenständen und zum Verkaufe derselben auf gemeinschaftliche Rechnung" (§. 1 Z. 4); das bosn. H. G. (§. 245) nennt sie „zur gemeinschaftlichen Production gegründete Vereine".

9) Hievon sind zu unterscheiden die sog. Baugenossenschaften zum Zwecke der Erbauung von Häusern und sonstigen Baulichkeiten zum Zwecke der Veräußerung (s. hierüber Stroß, Das östr. Genossenschaftsrecht §. 3 Note 3; vgl. Ges. v. 27. Dec. 1880 Nr. 151 R. G. Bl., wo genau zwischen Bau- u. Wohnungsgenossenschaften unterschieden wird).

10) So Stroß a. a. O. §. 2 S. 34 und insbes. §. 5; vgl. Ehrenberg in Binding's Hdb. des deutschen Rechtes.

2. Je nach dem Umfange der Haftung der Genossenschafter für die Verbindlichkeiten sind die Genossenschaften entweder solche mit beschränkter oder solche mit unbeschränkter Haftung (§. 2 des Gen. Ges.), je nachdem die Genossenschafter für die Genossenschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt oder nur bis zu einem bestimmten, im Voraus festgesetzten Betrage haften.[11]) [12])

§. 83.

B. Entstehung der Genossenschaft.

I. Die Genossenschaft entsteht durch Vertrag.[1]) Dieser muß nach §. 3 Z. 2 des Genossenschaftsgesetzes schriftlich abgefaßt sein[2]) und gemäß §. 5 dieses Gesetzes[3]) nachstehendes enthalten:

---

11) Die Fassung des Gen. Ges., daß der Genossenschafter der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft „solidarisch mit seinem ganzen Vermögen" hafte, ist ungenau, denn auch bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung kann der Betrag, für den er zu haften hat, sein Vermögen ganz erschöpfen oder sogar überschreiten. Der Gegensatz beider Arten liegt darin, daß im zweiten Falle die Haftung im vorhinein auf einen bestimmten Höchstbetrag begrenzt ist, in ersterem Falle aber nicht (vgl. auch Stroß a. a. O. §. 2 Note 2). — Vgl. ung. H. G. §. 231, bosn. §. 255. — Nach deutschem Genossenschaftsrechte (§. 2) werden unterschieden: 1. eingetragene Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht, von Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXXVII. S. 28 „Genossenschaft mit directer Haftpflicht" oder „mit Einzelangriff", von Gareis, H. R. §. 37 „Solidargenossenschaften" genannt, d. i. Genossenschaften, deren einzelne Mitglieder (Genossen) für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft dieser sowie unmittelbar den Gläubigern derselben mit ihrem ganzen Vermögen haften; 2. eingetragene Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht, von Goldschmidt a. a. O. „Genossenschaft mit unbeschränkter Deckungspflicht", von Gareis a. a. O. „Nachschußhaftgenossenschaft" genannt, bei welchen die Genossen zwar mit ihrem ganzen Vermögen, aber nicht unmittelbar den Gläubigern der Genossenschaft verhaftet, vielmehr nur verpflichtet sind, der letzteren die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Nachschüsse zu leisten (Deutsches Gen. Ges. §§. 120—124); und 3. eingetragene Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht, von Gareis a. a. O. Limitgenossenschaften genannt, wenn die Haftpflicht der Genossen für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft sowohl dieser als unmittelbar den Gläubigern gegenüber im Voraus auf eine bestimmte Summe beschränkt ist. (Vgl. hiezu Crüger im Arch. f. öff. R. IX. S. 389 ff.)

12) Nach anderen Eintheilungsgründen, welche aber hier nicht in Betracht kommen, sind die Genossenschaften 1. je nach dem Gebiete ihrer wirthschaftlichen Thätigkeit: Genossenschaften auf dem Gebiete der Urproduction, Industriegenossenschaften (Verarbeitung der Urproducte), Mercantilgenossenschaften (Verschleiß der Ur- und Industrieproducte); 2. je nachdem die Genossen einen Geschäftsantheil haben oder nicht, sog. Schulze-Delitzsch'sche oder sog. Raiffeisensche Vereine, endlich andere Vereinigungen, denen die eine oder andere der oben erwähnten gesetzlichen Eigenschaften mangelt, „uneigentliche Genossenschaften" (!) genannt (vgl. Stroß a. a. O. §. 2).

1) Anders Stroß a. a. O. §. 14.

2) Ebenso §. 5 deutsches Gen. Ges.

3) Mit §. 5 des östr. Gen. Ges. stimmen im Wesentlichen überein §. 225 des ung. und §. 248 des bosn. H. G.; nur ist nach den beiden letzteren Gesetzen auch noch die Organisation des Aufsichtsrathes und die Zeitdauer seiner Wirksamkeit, dann die Art und Weise der Firmazeichnung, und nach bosn. H. G. auch eine Bestimmung darüber, wie bei Schließung der aus dem Gesellschaftsverhältnisse sich ergebenden Streitigkeiten vorzugehen ist, aufzunehmen. Nach deutschem Genossen-

1. Firma und Sitz der Genossenschaft. Die Firma der Genossenschaft muß eine vom Gegenstande des Unternehmens entlehnte Sachfirma sein und darf weder den Namen eines Genossenschafters noch den einer anderen Person enthalten. Die Firma muß die Bezeichnung „registrirte Genossenschaft" und je nach Beschaffenheit der Haftung den Beisatz „mit unbeschränkter Haftung" oder „mit beschränkter Haftung" enthalten (§. 4 Gen. Ges.)[4]);

2. den Gegenstand des Unternehmens. Es muß jeder Zweig des Unternehmens im Statut angegeben sein; der Betrieb eines im Statut nicht genannten Geschäftszweiges involvirt eine Aenderung des Gegenstandes der Unternehmung und sohin eine Statutenänderung, die eines mit zwei Drittel der abgegebenen Stimmen zu fassenden Beschlusses der Generalversammlung bedarf, falls nicht im Statute anderes bestimmt ist (§. 33);

3. die Zeitdauer des Unternehmens, falls dieses auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist[5]);

4. die Bedingungen des Eintrittes der Genossenschafter, sowie die eventuellen Bestimmungen über das Ausscheiden (Austritt, Tod, Ausschließung) derselben;

5. den Betrag der Geschäftsantheile der einzelnen Genossenschafter und die Art der Bildung der Antheile;

---

schaftsgesetze wird vorerst zwischen unbedingt- und bedingt-nothwendigem Inhalte des Statutes unterschieden. Ersteres betrifft die Essentialien des Genossenschaftsvertrages, weßhalb diesbezügliche Bestimmungen nicht fehlen dürfen, wenn überhaupt eine Genossenschaft gegründet werden soll, letzteres aber enthält jene Bestimmungen, welche nicht ex lege, sondern nach dem Willen der Genossen gelten sollen, welche aber nach gesetzlicher Vorschrift nur dann Kraft haben, wenn sie in das Statut aufgenommen sind (Gareis, H. R. §. 37). Als unbedingt-nothwendiger Inhalt ergibt sich nach deutschem Genossenschaftsrecht im Wesentlichen dasselbe, wie das österreichische Gesetz vorschreibt: Bestimmungen über Firma, Sitz, Unternehmungsgegenstand, Generalversammlungsberufung und -Leitung sowie die Beurkundung ihrer Beschlüsse, Genossenschaftspublicationen (§. 6 deutsches Gen. Ges.), dann über die Haft-(bezw. sog. Nachschuß-)pflicht der Genossen, den Geschäftsantheil und die Einzahlungen auf diesen, welche mindestens bis zu einem Zehntel des Geschäftsantheils nach Betrag und Zeit bestimmt sein müsse, sowie über die Aufstellung der Bilanz und deren Prüfung, endlich über die Bildung eines Reservefonds (§. 7). Bedingt-nothwendiger Inhalt des Statuts in dem oben erwähnten Sinne sind die Beschränkung der Genossenschaft auf eine bestimmte Zeit, Bindung des Erwerbes und der Fortdauer der Mitgliedschaft an einen Wohnsitz innerhalb eines bestimmten Bezirkes, Abweichung des Geschäftsjahres vom Kalenderjahre oder kürzere Geschäftsperioden, qualificirte Majorität bei Generalversammlungsbeschlüssen und Ausdehnung des Geschäftsbetriebes auf Personen, welche nicht Mitglieder der Genossenschaft sind, soweit eine solche Ausdehnung überhaupt zulässig ist (§. 8).

Außerdem können die Statuten noch sog. rein willkürlichen Inhalt haben, z. B. Bestimmungen über Zulässigkeit der Mitgliedschaft von Frauen (§§. 23, 41) u. a. m., welche gewillkürten Bestimmungen jedoch in den gesetzlichen Vorschriften mehrfach eine Grenze finden.

4) Vgl. §. 3 des deutschen Gen. Ges.

5) Ebenso deutsches Gen. Ges. §. 8 Z. 1; anders ung. H. G. §. 225 Z. 3 und bosn. §. 248 Z. 3, wo die Angabe der Dauer der Genossenschaft als unbedingt nothwendiger Inhalt immer im Vertrage erwähnt sein muß.

6. Grundzüge rücksichtlich der Aufstellung und Prüfung der Bilanz, der Berechnung und Vertheilung von Gewinn und Verlusten der Genossenschaft;

7. die Art der Wahl und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen der Legitimation seiner Mitglieder, sowie deren Stellvertrete und der Beamten der Genossenschaft;

8. die Form der Zusammenberufung der Genossenschafter;

9. die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechtes der Genossenschafter.

10. die Gegenstände, über welche in der Generalversammlung der Genossenschafter nicht schon durch einfache, sondern nur durch größere oder besonders qualificirte Majorität der Genossenschafter entschieden werden kann;

11. die Art und Weise, wie die Bekanntmachungen der Genossenschaft erfolgen. Hiefür genügt, falls nicht das Statut anderes bestimmt, die einmalige Einschaltung in dasjenige öffentliche Blatt, welches vom Chef der politischen Landesstelle nach Rücksprache mit dem Handelsgerichte für die Aufnahme solcher Bekanntmachungen bestimmt wird. Diese Bestimmung ist mit Ablauf jedes Solarjahres für das nächstfolgende Jahr zu treffen. Eine Verlautbarung der Wahl dieser Blätter findet nicht statt (§§. 16 u. 17[6]) der Min. Vdg. v. 14. Mai 1873 Nr. 71 R. G. Bl.). Eine wiederholte u. z. dreimalige Bekanntmachung ist im Gesetze nur für die Eintragung der Auflösung der Genossenschaft durch Ablauf der im Genossenschaftsvertrage bestimmten Zeit und durch Beschluß der Genossenschaft vorgeschrieben (§. 40 Gen. Ges.)[7]);

12. die Angabe, ob die Haftung der Genossenschaft eine unbeschränkte oder eine beschränkte ist, bezw. in letzterem Falle, falls die Haftung über das gesetzliche Maaß (d. i. über den doppelten Geschäftsantheil, §. 76)[8]) hinausgeht, den Umfang dieser Haftung;

13. die Benennung der Mitglieder des ersten Vorstandes oder jener Personen, welche die Registrirung der Genossenschaft zu erwirken haben.

II. Die Genossenschaft muß, um rechtsgiltig zu bestehen, in das Genossenschaftsregister eingetragen werden.[8a]) Vor erfolgter Eintragung besteht die Genossenschaft als solche nicht.[9]) Wenn vor erfolgter Eintragung

6) Hiedurch wurden §§. 10—18 Einf. Ges. z. H. G. B. auf Genossenschaften für nicht anwendbar erklärt.

7) Nach ung. H. G. §. 249 und bosn. §. 272 auch im Falle der Fusion; nach deutschem Gen. Ges. (§. 80) ohne Ausnahme.

8) Nach ung. H. G. (§. 231) u. bosn. H. G. (§. 255) nur bis zur Höhe des Geschäftsantheiles. Das deutsche Gen. Ges. (§. 125) stellt als Princip auf, daß die Haftsumme der einzelnen Genossen nicht niedriger sein darf, als ihr Geschäftsantheil, und gibt dann noch eine Reihe von Detailbestimmungen rücksichtlich der Haftung (§§. 125—136).

8a) Bezügl. der Registeranmeldungen übh. s. oben §. 28. Wegen Unterlassung der Anmeldungen und Nichtbefolgung der bezgl. Vorschriften, wegen Unrichtigkeiten in gesetzlich angeordneten Nachweisungen ordnet das Gesetz Geldstrafen bis 100 fl. an (§. 87 östr. Gew. Ges.). Ueber Anlage und Führung des Registers s. M. V. O. v. 14. Mai 1873 Nr. 71 R. G. Bl.

9) Vgl. §. 13 deutsches Gen. Ges.; §§. 224 u. 228 ung. u. §§. 247 u. 251 bosn. H. G.

im Namen der Genossenschaft gehandelt wird, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch (§. 3 Z. 3, §. 8 Gen. Ges.). Der in das Genossenschaftsregister eingetragene Genossenschaftsvertrag muß in einem Auszuge veröffentlicht werden, welcher nebst dem Datum des Genossenschaftsvertrages die oben unter 1, 2, 3, 11 und 12 angegebenen Daten und, falls schon im Genossenschaftsvertrage ein Vorstand bestellt, Namen und Wohnort der Mitglieder desselben und eventuell, falls der Vertrag eine diesbezügliche Bestimmung enthält, die Form, in welcher der Vorstand seine Willenserklärung kundgibt und für die Genossenschaft zeichnet (§. 6), enthalten soll.[10]) Auch jede Abänderung des Statuts muß schriftlich erfolgen und unter Anschluß einer Abschrift des Genossenschaftsbeschlusses behufs Eintragung ins Genossenschaftsregister angemeldet werden. Hiebei gelten dieselben Grundsätze wie bei Eintragung des Statutes selbst, jedoch wird dieser Beschluß nur insoweit publicirt, als er eine Aenderung des ursprünglichen Vertrages involvirt (§. 9 Abs. 1 u. 2). Vor erfolgter Eintragung hat der Beschluß keine rechtliche Wirkung (§. 9 Abs. 3).[11])

III. Falls für das betreffende Unternehmen staatliche Bewilligung (Concession) erforderlich ist, muß zunächst diese erwirkt werden (§§. 92, 94), wie insbes. zur Ausgabe von Pfandbriefen, von auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen und verzinslichen Cassenanweisungen, und zum Betriebe von Versicherungsgeschäften (§. 93). Solche Genossenschaften unterstehen in Ansehung des Betriebes der Staatsaufsicht (§. 95).

§. 84.
C. Innere Rechtsverhältnisse.

I. Für die inneren Rechtsverhältnisse der Genossenschaft ist in erster Linie das Gesetz, und nur soweit als dieses keine Bestimmungen enthält, oder Abweichungen im Genossenschaftsvertrage ausdrücklich gestattet, der Genossenschaftsvertrag maßgebend, der den bindenden Bestimmungen des Gesetzes — und hiezu gehören alle jene, welche nicht ausdrücklich eine Abweichung gestatten — nicht widersprechen darf (§. 11 Gen. Ges.).[1])

II. Die Rechte und Pflichten der einzelnen Genossenschafter untereinander, d. i. jedes einzelnen Genossenschafters gegenüber der Gesammtheit derselben und umgekehrt beruhen auf der Mitgliedschaft. Sie wird erworben durch Eintritt in die Genossenschaft. Ueber diesen enthält das Gesetz keine Bestimmung, als daß derselbe mittels schriftlicher Erklärung stattzufinden habe (§. 3).[2]) Durch diese Erklärung allein werden Rechte und Pflichten der Genossenschafter begründet; die Eintragung in das seitens der Genossenschaft zu führende Verzeichniß der Genossenschafter (§. 14 Gen. Ges.) für sich allein begründet noch keine Rechte und Pflichten des Genossenschafters, sondern nur eine — processual oft kaum

---

10) Vgl. §. 12 des deutsches Gen. Ges.; §. 226 ung. u. §. 249 bosn. Ges.

11) Vgl. §. 16 deutsches Gen. Ges.

1) Vgl. §. 18 deutsches Gen. Ges.; §. 254 bosn. H. G.

2) Ebenso §. 224 ung., §. 247 bosn. H. G.; dagegen enthält das deutsche Genossenschaftsgesetz (§. 4) die Bestimmung, daß die Zahl der Genossen mindestens sieben sein muß.

verwerthbare — Wahrscheinlichkeit der Mitgliedschaft.[3]) Das Gesetz enthält keine Bestimmung, wer Mitglied sein kann. Wer sich verpflichten kann, ist fähig Mitglied zu sein.[3a]) Die Endigung der Mitgliedschaft erfolgt durch Austritt, Tod oder Ausschließung (§. 5 Z. 4)[4]), durch Kündigung seitens eines Privatgläubigers eines Genossenschafters (§. 59) und durch statutenmäßige Uebertragung der Geschäftsantheile und Guthaben eines Genossenschafters an einen Dritten, wozu aber die Einwilligung des Vorstandes erforderlich ist (§. 83). Im Einzelnen kommt hier zu bemerken:

a) Jeder Genossenschafter kann aus der Genossenschaft austreten, auch wenn der Genossenschaftsvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen ist (§. 54).[5]) Zwar steht diese Gesetzesbestimmung in dem Hauptstücke, welches die besonderen Bestimmungen für Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung enthält, allein, sie dürfte wohl ohne Zweifel auch auf Genossenschaften mit beschränkter Haftung anwendbar sein. Es wäre nicht zu begründen, warum einem nur beschränkt haftenden Genossenschafter der Austritt verwehrt, einem unbeschränkt haftenden Genossenschafter aber gestattet sein sollte.[6]) Die Absicht auszutreten (Kündigung der Mitgliedschaft) wird dem nach den Statuten hiezu competenten Genossenschaftsorgane mitgetheilt und in das Mitgliedsverzeichniß eingetragen (§§. 14 u. 77). Der Austritt darf jedoch nicht vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen. Die Kündigungsfrist beträgt mindestens vier Wochen (§§. 77 u. 54).[7])

b) Bei Erlöschen der Mitgliedschaft durch den Tod (§§. 5, 54) treten die Wirkungen erst am Schlusse des Geschäftsjahres ein, in welchem der Tod erfolgte (arg. §. 55). Dem Tode eines Mitgliedes gleich steht die Auflösung einer juristischen Person, welche Mitglied einer Genossenschaft ist. Es ist aber gestattet, im Genossenschaftsvertrage zu bestimmen, daß die Erben des verstorbenen Genossenschafters an seine Stelle als Genossenschafter treten, ohne den Nachweis ihrer persönlichen statutarisch zum Erwerbe der Mitgliedschaft vorgeschriebenen Eigenschaften erbringen zu müssen.

---

3) Vgl. Entsch. R. G. in Annalen I. S. 107.

3a) Daher auch Minderjährige und Bevormundete unter Mitwirkung ihres Vormundes, Frauen (nach D. Gen. Ges. §. 23 Abs. 4 je nach d. bürg. R. unter Verzicht auf die Rechtswohlthaten des bürg. R.), und principiell auch jurist. Pers., Handelsgesellschaften, Genossenschaften (vgl. Wolff in Endemann's Hdb. I. §. 149, Stroß a. a. O. §. 28); über die Unfähigkeit von Ordensgeistlichen zum Eintritt in Genossenschaften und die bezügl. Ausnahmen für in den Weltpriesterstand Uebergetretene, für fern vom Kloster oder Stifte öffentlich Angestellte, für Malteser-, Johanniter-, dtsche. Ordensritter s. Seydel in Allg. Oestr. Ger. Ztg. Nr. 18, 19 v. 1894.

4) Deutsches Ges. §§. 63—75.

5) Vgl. ung. H. G. §. 235, bosn. §. 258. Detaillirtere Bestimmungen über den Austritt durch Kündigung enthält das deutsche Gen. Ges. in §§. 63—65, 67—73.

6) Stroß a. a. O. S. 167, 187.

7) Ebenso ung. H. G. §. 235, bosn. §. 258; auch nach deutschem Gen. Ges. darf die Kündigung nur zum Schlusse des Geschäftsjahres, jedoch nur schriftlich erfolgen, und es beträgt die Kündigungsfrist mindestens drei Monate, kann aber durch das Statut bis auf höchstens zwei Jahre festgesetzt werden (§. 63).

c) Aus welchen Gründen die Ausschließung eines Genossenschafters erfolgen könne, hat das Genossenschaftsstatut festzustellen[8]), wie z. B. bei durch längere Zeit aushaftendem Rückstande mit den statutarisch auf die Einlage zu leistenden Beiträgen, im Concurse u. a. m. Auch die Wirkung der Ausschließung eines Genossenschafters tritt erst mit Schluß des Geschäftsjahres ein.

d) Auch der Privatgläubiger eines Genossenschafters kann dessen Mitgliedschaft aufkündigen (§. 59). Die Kündigung muß mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres geschehen.[9])

e) Bei Uebertragung sämmtlicher Geschäftsantheile an einen Dritten, die aber nur mit Bewilligung des Vorstandes erfolgen kann, tritt der Uebernehmer an Stelle des Ausscheidenden in die Genossenschaft ein (arg. §. 83). Auch eine solche Uebertragung, ein solcher Mitgliedschaftswechsel kann erst mit Ende des Geschäftsjahres eintreten.[10])

III. Die Betheiligung der Genossen an dem Unternehmen geschieht durch Geschäftsantheile oder Einlagen derselben. Das Gesetz enthält hierüber keine Bestimmung, als daß der Antheil ziffermäßig bestimmt sein muß (arg. §. 5 Z. 5 u. §. 76). Es ist wohl im Geiste des Gesetzes gelegen, daß die geleistete Geschäftseinlage für alle Genossenschafter gleich groß sein, sowie daß jeder Genossenschafter mindestens einen Geschäftsantheil besitzen muß, was aber nicht ausschließt, daß er auch zwei oder mehrere Antheile besitzen kann. Die näheren diesbezüglichen Bestimmungen bleiben den Statuten überlassen, welche die Anzahl der Geschäftsantheile, die ein Genossenschafter besitzen darf, häufig beschränken, um hintanzuhalten, daß mehrere einzelne Personen oder gar nur ein Mitglied die Genossenschaft vollständig beherrschen, ihre Beschlüsse bestimmen können. Bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung gestattet das Gesetz ausdrücklich, daß ein oder mehrere Geschäftsantheile ohne gleichzeitigen Austritt des Genossenschafters selbst, welcher mit anderen Antheilen, d. i. wohl auch mit nur einem Antheile in der Genossenschaft verbleibt, gekündigt werden; jedoch wird diese Kündigung ex lege nicht vor Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem sie erfolgt, wirksam, und muß, um mit Ende des laufenden Geschäftsjahres wirksam werden zu können, mindestens vier Wochen vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen (§. 77 Gen. Ges.).[11]) Und wenn dies auch im Gesetze ausdrücklich nur rücksichtlich dieser Art Genossenschaft für zulässig erkannt wird, so ist doch wohl anzunehmen, daß dies auch bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung gelte.[12]) Kann aber nun der Genossenschafter einen oder mehrere seiner Geschäftsantheile bei fortdauernder Mitgliedschaft zurückziehen, so kann er die ihm durch seine Einlage entstandene Forderung gegen die Genossenschaft auf Rückgabe aller

---

8) Stroß a. a. O. §. 38 Nr. 3; so auch ung. H. G. §. 235, bosn. §. 258; vgl. deutsches Gen. Ges. §. 66.

9) §. 59 steht allerdings im Hauptstück über Genoss. m. unbeschr. Haftung, dürfte jedoch auch für solche m. beschr. Haftung gelten. Vgl. §. 239 ung., §. 262 bosn. H. G. B., §. 64 des deutschen Gen. Ges.

10) Vgl. 74 deutsches Gen. Ges.

11) Vgl. ung. H. G. §. 235, bosn. §. 258.

12) Stroß a. a. O. §. 30 (S. 139).

Geschäftsantheile bis auf einen auch an Dritte übertragen, wenn nicht im Statute anderes normirt ist.[12a]) Dies bestimmt §. 83 Gen. Ges. ausdrücklich rücksichtlich der Genossenschaften mit beschränkter Haftung, und fügt noch bei, daß der übertragende Genossenschafter subsidiarisch haftbar bleibt.

Die Einlage des Genossenschafters wird Eigenthum der Genossenschaft (arg. §§. 55—59, 79, 48 Z. 2), der Genossenschafter erwirbt aber durch das Einbringen der Einlage ein Forderungsrecht gegen die Genossenschaft auf Auszahlung des seiner Einlage entsprechenden Werthbetrages, u. z. 1. bei Auflösung der Gesellschaft, soweit dieser Werthbetrag nicht durch die Verlustquote absorbirt wird; 2. bei Ausscheiden eines Genossenschafters, sei es vollständig oder nur mit einem oder mehreren Geschäftsantheilen, soweit sich nach dem Rechnungsabschlusse für das Jahr, in welchem der gänzliche oder theilweise Austritt erfolgt, ein solcher Antheil nach Abzug der auf den Genossenschafter entfallenden Verlustquoten von der um die rückständigen Gewinnste vermehrten Einlage ergibt. Sowohl das Forderungsrecht der Genossenschaft auf Einzahlung der Einlage seitens des Genossenschafters, als jenes des Genossenschafters auf Herausgabe seines Guthabens[13]) sind executionsfähig, ersteres für die Gläubiger der Genossenschaft, letzteres für jene des Genossenschafters, denen sogar das Recht zusteht, nach erlangter Execution die Mitgliedschaft des Genossenschafters zu kündigen (s. oben unter II.).

Die jeweilige Höhe des Geschäftsguthabens des Genossenschafters ist abhängig vom Gewinn und Verluste der Genossenschaft. Feste Zinsen dürfen nicht vergütet oder zugeschrieben werden (§. 56).[14])

Bei den Genossenschaften mit beschränkter Haftung bezeichnet der Geschäftsantheil die Maximalgrenze der Haftung, bei jenen mit unbeschränkter Haftung das Minimum der Haftung des einzelnen Genossenschafters.

IV. Die Rechte der Genossenschaften sind theils Allen gemeinsam (Gesammtrechte) oder solche, welche einzelnen Mitgliedern unabhängig von den andern zustehen (Einzel- oder Sonderrechte). Erstere werden in der Generalversammlung ausgeübt und betreffen Angelegenheiten der Genossenschaft, d. i. solche Angelegenheiten, an welchen sämmtliche Genossenschafter in gleicher Weise interessirt sind, insbesondere die Geschäftsführung, Einsicht und Prüfung der Bilanz und Gewinnvertheilung (§. 27).[15]) Zu den letzteren gehören, abgesehen von den eben besprochenen mit dem Geschäftsantheil zusammenhängenden Rechten, insbesondere das Recht des Ge-

---

12a) Auch anwendbar auf Uebertragungen im Wege executiver Einantwortung (Obstg. E. in Allg. Oestr. Ger. Ztg. Nr. 18 v. 1894).

13) Nicht nur der Antheil, auch die Gewinndividende (Clemens - Adler, Entsch. VI. Nr. 982), nicht aber die zum Genossenschaftsvermögen gehörigen Antheile eines Genossen (Clemens-Adler Entsch. IV. Nr. 753, VIII. 1340, 1344).

14) „Zinsen" im §. 56 bezeichnet überhaupt Gewinn, der unter dem Namen von Zinsen d. Genossen zukommt (vgl. Art. 218 H. G. B.), nicht aber feste Zinsen (s. hierüber Stroß a. a. O. §. 31 S. 147).

15) Vgl. §. 41 deutsches Gen. Ges.

nossenschafters auf seinen Gewinnantheil (§. 5 Z. 6), das Recht der Einsicht in die Bücher (arg. §. 51 Abs. 2), ferner das Recht, sich den Processen der Genossenschaft gegen Vorstands- oder Aufsichtsrathsmitglieder als Intervenient auf eigene Kosten anzuschließen (§. 25 Abs. 3), das Stimmrecht in der Generalversammlung (§. 27 Abs. 2) sowie das Recht auf Anfechtung statuten- oder gesetzwidriger Beschlüsse der Generalversammlung im Wege der Klage und endlich das Recht, innerhalb der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen (§. 29).

V. Wenngleich es im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, muß dennoch den Genossenschaftern ein gegenseitiges Regreßrecht wegen erfüllter Genossenschaftsverpflichtungen zuerkannt werden.

VI. Rücksichtlich der Wirkung des innerrechtlichen Verhältnisses der Genossenschafter nach außenhin, d. i. rücksichtlich der Executions- und Sicherstellungsrechte des Privatgläubigers eines Genossenschafters in Betreff der Geschäftsantheile desselben sowie des Compensationsrechtes zwischen Genossenschaftsforderungen und Privatforderungen des Genossenschaftsschuldners gegen einen Genossenschafter gelten dieselben Grundsätze wie für eben diese Verhältnisse und Fragen bei der offenen Handelsgesellschaft (vgl. §§. 56, 57, 58 Gen. Ges. mit Art. 119, 120, 121 H. G. B.).[15a])

§. 85.

D. Aeußere Rechtsverhältnisse.

I. Nach außenhin tritt die Genossenschaft als geschlossenes selbständiges, von den Mitgliedern unabhängiges Ganzes auf, und kann nach §. 12 Gen. Ges. unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte auch an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und geklagt werden.[1])

II. Die Vertretung der Genossenschaft nach außenhin obliegt dem Vorstande oder dem von der Generalversammlung in einzelnen Fällen Bevollmächtigten.[2])

III. Für die Verbindlichkeiten der Genossenschafter haftet vor Allem das Genossenschaftsvermögen und dann erst subsidiär der Genossenschafter u. z. je nach dem Statute unbeschränkt oder mit dem im Vertrage bestimmten Betrage. Der Genossenschaftsgläubiger muß sich daher vorerst an die Genossenschaft halten und erst wenn er im Concurse der Genossenschaft seine Befriedigung überhaupt nicht oder nicht ganz findet, kann er sich an die einzelnen Genossenschafter halten. Die Haftung des einzelnen Genossenschafters für die Genossenschaftsschulden hat den Charakter einer Bürgschaft.[3]) Die einzelnen Genossenschafter stehen daher als Bürgen auch zu dem Dritten in einem directen obligatorischen Verhältnisse. Die Haftung erstreckt sich auf alle Verbindlichkeiten der Genossenschaft, d. i.

15a) Wenngleich §§. 56, 57, 58 im II. Hauptst. stehen, so sind sie doch auf alle Genossen anwendbar (Stroß a. a. O. S. 167).

1) Vgl. §. 26 deutsches Gen. Ges.

2) Vgl. §§. 24, 33, 41 deutsches Gen. Ges.

3) Vgl. hiezu Stroß a. a. O. §. 33.

sowohl auf die vor seinem Eintritt in die Genossenschaft entstandenen, als auch auf die nachher entstandenen (§§. 53, 78). Die Haftung wird actuell im Falle des Concurses einer Genossenschaft u. z. nach dessen Beendigung und im Falle der Liquidation.

§. 86.

E. Organisation der Genossenschaft.

I. Die Organisation der Genossenschaft ist jener der Actiengesellschaft nachgebildet. Auch sie hat als nothwendige (obligatorische) Organe die Generalversammlung und den Vorstand und als facultatives Organ den Aufsichtsrath.[1])

II. Auch hier ist die Generalversammlung[2]) das oberste Organ; ihr steht die oberste Leitung des Unternehmens und der Gebahrung der Genossenschaft zu, ihre vorschriftsmäßig zustande gekommenen Beschlüsse gelten als Wille der Genossenschaft sowohl nach außenhin, als auch nach innen den Genossenschaftern gegenüber, sofern sie nicht dem Wesen der Genossenschaft oder öffentlich-rechtlichen Vorschriften, bezw. den Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes oder des Statutes widersprechen. Innerhalb dieser durch Gesetz und Vertrag gezogenen Grenze ist die Generalversammlung für alle Genossenschaftsangelegenheiten competent. Insbesondere sind durch das Gesetz der Beschlußfassung der Generalversammlung vorbehalten[3]): 1. jede Abänderung des Genossenschaftsvertrages (§. 33 Abs. 2)[3a]), 2. die Wahl des Vorstandes (arg. §. 15), 3. die Wahl

1) Nach deutschem Gen. Ges. (§§. 9 u. 158) ist der Aufsichtsrath obligatorisch, ebenso in Ungarn (§§. 244, 194—196) und Bosnien (§§. 268, 209—213).

2) Die Bestimmungen des deutschen Gen.Ges. über die Generalversammlung (§§. 41—50) sind zum Theile analog den Bestimmungen des deutschen Act. Ges. über die Generalversammlung; das ung. H. G. (§. 240) und das bosn. H. G. (§. 263) erklären ihre Vorschriften rücksichtlich der Generalversammlung der Actiengesellschaften (ung. H. G. §§. 176 bis 181, bosn. §§. 181—193) auch auf die Genossenschaften derart anwendbar, daß die den einzelnen Actionären gesicherten Rechte von den einzelnen Genossenschaften, die der Gesammtheit der Actionäre vorbehaltenen Rechte aber von der Gesammtheit der Genossenschafter ausgeübt werden.

3) Die Competenz der Generalversammlung der Genossenschafter nach deutschem Rechte ist im Wesentlichen dieselbe wie nach österreichischem Rechte: Statutenänderung, Prolongation der auf bestimmte Zeit errichteten Genossenschaft, Wahl des Aufsichtsrathes, und wenn das Statut nichts anderes bestimmt, auch des Vorstandes, sowie auch deren Entlassung, Genehmigung der Bilanz, Vertheilung von Gewinn und Verlust durch Festsetzung der Dividende und der Verlustantheile, Festsetzung der Höhe und der Verfallzeit der Einzahlungen auf den Geschäftsantheil, sofern die Genossen nach dem Statute generell hiezu verpflichtet sind, Festsetzung des Gesammtbetrages, welchen Anleihen der Genossenschaft und Spareinlagen bei derselben nicht überschreiten dürfen, sowie die Bestimmung der Grenzen für Creditgewährungen der Genossenschaft an Genossen, endlich die freiwillige Auflösung und Fusion der Genossenschaft (§§. 16, 24, 34, 46, 47, 48, 76, 138, 139 deutsches Gen. Ges.) Nicht aber erfolgt nach deutschem Rechte die Bestellung von Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten zum gesammten Geschäftsbetriebe (§. 40).

3a) Umwandlung der Genossenschaft rücksichtlich der Haftung gilt als Auf-

des Aufsichtsrathes, falls ein solcher statutarisch verlangt wird (arg. §. 24), 4. die Bestellung von Procuristen, 5. eventuelle Beschränkung des Umfanges der Vertretungsbefugniß des Vorstandes, aber nur mit der Wirkung nach innen, nicht auch nach außen (§. 11), 6. definitive Entscheidung über die vom Aufsichtsrath verfügte provisorische Enthebung von Vorstandsmitgliedern, Procuristen, Beamten und Bevollmächtigten der Genossenschaft (§. 24 Abs. 2), 7. Einsicht, Prüfung und Genehmigung der Bilanz (arg. §. 27), 8. Prüfung und Genehmigung der Geschäftsführung (§. 27), 9. die Bestimmung über die Gewinnvertheilung (§. 27), sowie über die Repartirung des Verlustes unter die Genossenschafter (Umlageverfahren; vgl. §§. 61—71, 85), 10. die Auflösung der Gesellschaft (arg. §. 36 Z. 2), 11. die eventuelle Bestellung von Liquidatoren und die eventuelle Einschränkung der Vertretungsbefugnisse derselben nach innen (§. 41).

Die Berufung der Generalversammlung erfolgt durch den Vorstand (§. 28)[4]) oder in besonderen Fällen durch den Aufsichtsrath (§. 24 Abs. 4)[5]) oder auch durch andere in dem Vertrage bestimmte Personen, selbst solche, die nicht Mitglieder der Genossenschaft sind (§. 28) und endlich, wenn die Genossenschaft sich in Liquidation befindet, durch die Liquidatoren (§. 49). Doch kann im Genossenschaftsvertrage auch anderen Personen die Berufung der Generalversammlung übertragen sein[6]) (§. 28). Der Vorstand ist zur Berufung der Generalversammlung nicht nur in den im Vertrage bestimmten Fällen verpflichtet, sondern so oft es das Interesse der Genossenschaft erheischt, oder, wenn es mindestens der zehnte Theil der Mitglieder unter Angabe des Zweckes und der Gründe schriftlich verlangt, welches Recht im Genossenschaftsvertrage einer größeren oder geringeren Anzahl von Genossenschaftern beigelegt sein kann (§. 29)[7]), und endlich bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung, wenn sich aus der Bilanz ergibt, daß die Hälfte des auf Geschäftsantheile eingezahlten Betrages verloren gegangen ist (§. 84 Abs. 1). Besteht ein Aufsichtsrath, so hat dieser die Pflicht, die Generalversammlung einzuberufen, wenn es im Interesse der Genossenschaft erforderlich ist (§. 24 Abs. 4). Die zur Einberufung Verpflichteten sind hiezu erforderlichen Falls auf Begehren der Antragsteller von dem Handelsgerichte durch Geldstrafen bis zu 300 fl. ö. W. zu verhalten (§. 29 Abs. 3). Die Form der Berufung bestimmt das Statut (§. 5 Z. 8, §. 30 Abs. 1), von der Einhaltung dieser Form, d. i. von der Legalität der Berufung hängt die Giltigkeit der Beschlüsse ab. Zugleich mit der Berufung der Generalversammlung ist der Zweck derselben (Tagesordnung) bekannt zu geben, und es kann auch hier, wie bei der Actiengesellschaft, nur über Gegenstände, welche vorher angekündigt worden sind, Beschluß gefaßt werden. Nur über den in einer Generalversammlung gestellten Antrag auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung kann sofort Beschluß

---

lösung und Neugründung, nicht als bloße Statutenänderung (Adler-Clemens IX. Nr. 1644, 1646).

4) Deutsches Gen. Ges. §. 42.

5) Deutsches Gen. Ges. §. 36.

6) Deutsches Gen. Ges. §. 42.

7) Deutsches Gen. Ges. §. 43.

gefaßt werden, auch wenn dieser Antrag vorher nicht angekündigt worden war. Zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es einer vorherigen Ankündigung nicht (§. 30).[8]) Jeder in der Generalversammlung anwesende Genossenschafter hat, wenn nicht der Vertrag anderes bestimmt, eine Stimme (§. 27 Abs. 2).[9]) Die Generalversammlung ist beschlußfähig, wenn wenigstens der zehnte Theil aller Mitglieder anwesend oder vertreten ist, sofern nicht das Statut anderes bestimmt[10]) (§. 31). Im Falle der Beschlußunfähigkeit einer Generalversammlung ist, sofern nicht das Statut andere Vorsorge getroffen hat, eine zweite Versammlung einzuberufen, welche ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden und vertretenen Mitglieder beschlußfähig, aber auf die Verhandlung jener Gegenstände beschränkt ist, für welche die vereitelte Versammlung einberufen worden war (§. 32). Die Beschlüsse werden vorbehaltlich einer anderen Bestimmung des Genossenschaftsvertrages mit absoluter Stimmenmehrheit der Anwesenden, bezw. Vertretenen gefaßt. Der Vorsitzende stimmt auch ab und hat bei Stimmengleichheit das votum dirimens (§. 33). Eine Abänderung des Statutes, sowie die Auflösung der Genossenschaft kann nur mit einer Mehrheit von wenigstens zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden (§. 33 Abs. 2).

III. Die Vertretung der Genossenschaft nach außenhin sowie die Geschäftsführung für dieselbe kommt dem Vorstande zu. Die diesbezüglichen Normen des Genossenschaftsgesetzes (§§. 15—23) entsprechen jenen des H. G. B. rücksichtlich des Vorstandes der Actiengesellschaft (Art. 227—232, 234, 235, 239, 241 Abs. 2).[11]) Im Besonderen ist hier nur noch beizufügen, daß in der vom Vorstande spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres, welche Frist aber hier nicht, wie bei den Actiengesellschaften, auf ein Jahr ausgedehnt werden kann, zu vollziehenden Bekanntmachung des Rechnungsabschlusses und der Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres auch die Zahl der Mitglieder, welche zur Zeit des Bilanzabschlusses der Genossenschaft angehörten, dann der im Laufe des Bilanzjahres beigetretenen und ausgeschiedenen Mitglieder, sowie die Zahl der beim Bilanzabschlusse bestandenen und der im Laufe des Bilanzjahres zugewachsenen, gekündigten oder rückgezahlten Geschäftsantheile anzugeben ist (§. 22 Abs. 3). Außerdem enthält das Genossenschaftsgesetz die ausdrückliche aber selbstverständliche Bestimmung, daß der Vorstand zur Beobachtung und Ausführung aller Bestimmungen des Genossenschaftsvertrages und der statutarisch giltig gefaßten Beschlüsse verpflichtet und hiefür der Genossenschaft verantwortlich ist (§. 34). Ferner legt ihm das Gesetz die Pflicht auf, jedem Genossenschafter auf Verlangen eine Abschrift, bezw. einen Abdruck des Genossenschaftsvertrages mit den allfälligen Aenderungen und Ergänzungen desselben, sowie der genehmigten

---

8) Deutsches Gen. Ges. §. 44.

9) Deutsches Gen. Ges. §. 41.

10) Das deutsche Gen. Ges. enthält keine diesbezüglichen Bestimmungen.

11) Auch das deutsche Gen. Gesetz §§. 24—33 gibt für den Vorstand der Genossenschaft analoge Bestimmungen, wie für den Vorstand der Actiengesellschaft; vgl. §§. 241—243 ung. u. §§. 265 bis 267 bosn. H. G.

Rechnungsabschlüsse und Bilanzen gegen Ersatz der Kosten zu erfolgen und diese Schriftstücke auf Begehren mit seiner Unterschrift zu versehen (§. 35 Abs. 1). Ebenso obliegt es dem Vorstande, eine Abschrift (Abdruck) des Statutes und jeder Aenderung desselben, sowie der genehmigten Rechnungsabschlüsse und Bilanzen binnen acht Tagen nach erfolgter Registrirung bezw. Genehmigung der Landesstelle im Wege der politischen Bezirksbehörde vorzulegen, wozu er mittels Ordnungsstrafen bis zu 100 fl. zu verhalten ist (§. 35 Abs. 2).

IV. Der Aufsichtsrath ist hier wie bei der Actiengesellschaft facultativ.[12]) Dies spricht §. 24 Gen. Ges. ausdrücklich aus. Ihm ist hier dieselbe Stelle eingeräumt, wie bei den Actiengesellschaften (vgl. §§. 24 u. 25 Gen. Ges. mit Art. 225, 226, 194, 195 H. G. B.)[13]) Nur erklärt hier das Gesetz die Mitglieder des Aufsichtsrathes noch ausdrücklich für allen infolge Nichterfüllung ihrer Obliegenheiten erwachsenden Schaden als haftungspflichtig (§. 24 Abs. 4), räumt aber dem Aufsichtsrath auch noch das Recht zur provisorischen Enthebung von Vorstandsmitgliedern und anderen Beamten der Genossenschaft ein, wenn ihm dies nothwendig erscheint. Die demnächst einzuberufende Generalversammlung hat hierüber endgiltig zu entscheiden. Bis dahin hat der Aufsichtsrath wegen einstweiliger Fortführung der Geschäfte Vorsorge zu treffen (§. 24 Abs. 2).

V. Die Genossenschaft kann wie die Actiengesellschaft auch sonstige Bevollmächtigte oder Beamte in geringerem oder größerem Umfange mit der Geschäftsführung oder Vertretung betrauen (§. 26). Im Zweifel sind diese zu solchen Rechtshandlungen befugt, welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (§. 26).[14])

VI. Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrathes, Liquidatoren, sonstige Beauftragte, welche in den Generalversammlungsprotocollen, den Rechnungsabschlüssen, Bilanzen, Geschäftsberichten, Mitgliederregistern, Abschriften wissentlich falsche Angaben machen oder bestätigen, sind, sofern sie nicht nach dem Str. G. einer strengeren Behandlung unterliegen, wegen Vergehens mit Arrest bis zu drei Monaten zu bestrafen (§. 89).

§. 87.

F. Endigung der Genossenschaft.

I. Die Auflösung der Genossenschaft erfolgt nach §. 36 Gen. Ges.[1]): 1. ipso iure durch Ablauf der im Statute entweder als Endtermin oder als Zeitraum für die Dauer der Genossenschaft festgesetzten Zeit. Es kann jedoch auch durch Beschluß der Genossenschaft die festgesetzte Zeitdauer verlängert bezw. abgekürzt oder der Endtermin hinausgeschoben bezw.

12) Nach deutschem, ung., bosn. Rechte obligatorisch (s. oben Note 1).

13) Ebenso im deutsch. Gen. Ges. (§§. 34 bis 39), ung. H. G. §. 244, bosn. H. G. §. 268.

14) Ebenso §. 40 d. deutsch. Gen. Ges. — Rücksichtlich der Bestellung von Procuristen findet das oben (§§. 74, 76) bei den Actiengesellschaften Gesagte analog Anwendung.

1) Die im Texte erwähnten Auflösungsgründe bestehen nach ung. H. G. (§. 247) und bosn. (§. 271); im deutschen Gen. Ges. (§§. 76—79) ist wie im östr. Gen. Ges. die Fusion nicht angeführt.

nähergerückt werden. Ein solcher Beschluß, der eine Statutenänderung involvirt, muß, falls nicht das Statut anderes bestimmt, mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen gefaßt werden (§. 33) und bedarf zu seiner rechtlichen Wirksamkeit der Registrirung (§. 9 Abs. 3). Bei nur thatsächlicher Fortsetzung der auf bestimmte Zeit geschlossenen Genossenschaft nach Ablauf der Zeit ohne diesbezüglichen Beschluß, hängt bei dem Umstande, als die Zeitdauer nach §. 6 Z. 4 Gen. Ges. registrirt und publicirt werden soll (sofern es sich nicht etwa nur um Abwickelung der alten Geschäfte handelt), die Haftbarkeit der Genossenschaft für diese durch ihre Organe abgeschlossenen Geschäfte davon ab, ob der Dritte von der Auflösung ohne sein Verschulden keine Kenntniß hatte.

2. Durch Beschluß der Genossenschaft, der in Ermangelung einer diesbezüglichen statutarischen Norm mit einer Zweidrittel-Majorität gefaßt werden muß (§. 33).[2])

3. Durch Eröffnung des Concurses über das Genossenschaftsvermögen[2a]), welche in allen in der Concursordnung festgesetzten Fällen einzutreten hat (arg. §. 52 Gen. Ges.). Ausdrücklich aber verpflichtet das Gesetz den Vorstand, bei eigener Verantwortlichkeit die Concurseröffnung zu beantragen, sobald das Vermögen einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung nicht mehr die Schulden deckt (§. 84 Abs. 2)[3]), und in gleicher Weise die Liquidatoren, sobald die von ihnen aufgestellte Bilanz ergibt, daß die Activen der Genossenschaft einschließlich des Reservefonds und der Geschäftsantheile der Genossenschafter zur Deckung der Schulden der Genossenschaft nicht hinreichen (§. 49). Das Verfahren im Concurse (vgl. auch §. 60 Gen. Ges.) bestimmt die Concursordnung, jedoch schließt §. 52 Gen. Ges. ausdrücklich den Zwangsausgleich aus. Die Vorschriften des kaufmännischen Concurses dürften auf Genossenschaften nicht anwendbar sein, denn erstlich sind diese weder Handelsgesellschaften noch im Handelsregister eingetragene Kaufleute, wie §. 191 Conc. Ordg. voraussetzt, und zweitens erklärt §. 13 Gen. Ges. für Genossenschaften, welche Handelsgeschäfte betreiben, nur die in Betreff der Kaufleute geltenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, nicht auch andere Gesetze für anwendbar.[4]) Die Eröffnung des Concurses über das Genossenschaftsvermögen zieht den Concurs über das Privatvermögen des einzelnen Genossen nicht nach sich (s. auch §. 60 Gen. Ges.).

4. Durch eine Verfügung der Verwaltungsbehörde, u. z. auf Grund eines strafgerichtlichen Erkenntnisses wegen Ueberschreitung der durch §. 1 Gen. Ges. für den Gegenstand des Unternehmens gesetzten Grenze (§. 37 Abs. 1). Das Strafgericht hat nämlich jedes derartige Erkenntniß

---

2) Nach §. 76 des deutschen Gen. Ges. Dreiviertelmajorität.

2a) Vgl. f. das deutsche Recht v. Liebig, Die Genoss. m. beschr. Hftg. u. ihre Behandlg. im Concurse (Inaug. Diss. München 1892).

3) Wenngleich §. 84 im Abschnitte über die Genossenschaften mit beschränkter Haftung steht, so gilt er doch für alle Genossenschaften, da kein Grund geltend gemacht werden kann, daß er für jene mit unbeschränkter Haftung nicht gelten soll.

4) Stroß a. a. O. S. 241.

sofort nach erlangter Rechtskraft der politischen Landesstelle mitzutheilen, in deren Gebiet die Genossenschaft ihren Sitz hat, bezw. wenn selbe Zweigniederlassungen in mehreren Kronländern hat, jener Landesstelle, in deren Gebiet sich das Hauptgeschäft befindet (§. 37 Abs. 2, §. 38 Abs. 1). Eben dieser Landesstelle steht das Auflösungserkenntniß zu, gegen welches binnen vier Wochen der Recurs an das Ministerium des Innern ergriffen werden kann (§. 38). Nach Erschöpfung des Instanzenzuges ist auf Grund des Art. 3, Z. 1 lit. b des Staatsgrundges. v. 21. Dec. 1867, Nr. 143 R. G. B. eine Beschwerde an das Reichsgericht wegen eventueller Verletzung des in Art. 12 des Staatsgrundges. v. 21. Dec. 1867, Nr. 142 R. G. B. gewährleisteten Vereinsbildungsrechtes der Staatsbürger zulässig. Die besprochene Befugniß der politischen Landesstelle erlischt 3 Monate nach Rechtskraft des betreffenden Strafurtheils (§. 38 Abs. 2). Die von der Verwaltungsbehörde rechtskräftig verfügte Auflösung ist von Amtswegen dem Handelsgerichte zur Eintragung in das Genossenschaftsregister und Bekanntmachung mitzutheilen (§. 39). In allen übrigen Fällen der Auflösung außer im Falle des Concurses muß die Auflösung der Gesellschaft vom Vorstande behufs Registrirung angemeldet und zu drei verschiedenen Malen durch die für die Bekanntmachung solcher Eintragungen bestimmten Blätter verlautbart werden (§. 40 Abs. 1). Durch diese Bekanntmachung müssen zugleich die Gläubiger der Genossenschaft aufgefordert werden, sich bei der Genossenschaft zu melden (§. 40 Abs. 2).

5. Der Fusion erwähnt das Gesetz nicht als Auflösungsgrund der Genossenschaft.[5]) Wenn erwogen wird, daß selbe auf dem Beschlusse der Genossenschaft, in eine andere sie aufnehmende Genossenschaft aufzugehen oder dem Beschlusse zweier oder mehrerer Genossenschaften sich zu einer neuen zu vereinigen, beruht, so kann sie wohl als eine Auflösung der Genossenschaft durch Beschluß der Genossenschaft (s. oben unter Nr. 2) betrachtet werden. Auch steht nichts im Wege, daß der Vorstand der neuen Genossenschaft die Verwaltung der aufzulösenden Genossenschaft übernehme, da die Liquidatoren nicht nothwendig Genossenschafter sein müssen. Für die Fusion von Genossenschaften finden die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches für die Fusion der Actiengesellschaften (Art. 247) analoge Anwendung; nur darf die oben erwähnte Aufforderung der Gläubiger der Genossenschaft, sich zu melden, weder unterlassen noch aufgeschoben werden.

II. Nach Auflösung der Genossenschaft erfolgt außer im Falle des Concurses die Liquidation des Genossenschaftsvermögens. Für diese gelten im Allgemeinen dieselben Regeln wie für die offene Handelsgesellschaft (vgl. §§. 41—47 und 50, 51 Gen. Ges. mit Art. 133, 135—140, 144, 145 H. G. B.).[6]) Als Liquidator fungirt, wenn im Statute nicht anderes bestimmt ist, der Vorstand. Die Ernennung der Liquidatoren durch das Gericht erwähnt das Gesetz nicht; doch steht nichts im Wege,

5) Deshalb nicht als Auflösungsgrund anerkannt in Entsch. Clemens-Adler IV. Nr. 608. — Ausdrücklich angeführt in §. 247 ung. und §. 271 bosn. H. G.

6) Vgl. §§. 81—90 des deutschen Gen. Ges. §§. 250—254 ung., §§. 273—276 bosn. H. G.

daß in den Genossenschaftsvertrag eine diesbezügliche Bestimmung aufgenommen werde. Dem Vorstande obliegen auch die im Gesetze vorgeschriebenen Anmeldungen zum Genossenschaftsregister.

III. Für die von den Liquidatoren herbeizuführende Vermögensauseinandersetzung unter den Genossenschaftern gibt das Gesetz (§. 48) folgende Vorschriften: 1. Zunächst sind die Gläubiger der Genossenschaft je nach Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. 2. Die zur Deckung der noch nicht fälligen Forderungen nöthigen Summen sind zurückzubehalten. 3. Verbleibt dann noch ein Ueberschuß, so ist er vorerst — u. z. bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung erst ein Jahr nach der dritten Publication der Auflösung (§. 81) — zur Rückzahlung der auf die Geschäftsantheile eingezahlten Beträge an die Genossenschafter zu verwenden. Reicht dieser Ueberschuß zur vollständigen Deckung nicht aus, so wird er, wenn im Genossenschaftsvertrage nichts Anderes bestimmt ist, je nach der Höhe des Guthabens der einzelnen Genossenschafter vertheilt. 4. Ergibt sich aber nach vollständiger Deckung der auf die Geschäftsantheile eingezahlten Beträge noch ein weiterer Ueberschuß, so ist dieser nach den Bestimmungen des Genossenschaftsstatutes über die Gewinnvertheilung unter die Genossenschafter zu vertheilen.

IV. Für die Auseinandersetzung bei Auflösung der Genossenschaft im Falle des Concurses, sowie wenn trotz der Passivität der Genossenschaft ein Concurs über das Vermögen derselben nicht eröffnet wurde, weil entweder nur ein einziger Gläubiger vorhanden, oder das Vermögen zu gering ist, um die Kosten der Concursverhandlung zu decken (§. 66 Conc. Ordg.), ist ein den Genossenschaften eigenthümliches Verfahren, das sog. Umlage- oder Repartitionsverfahren angeordnet, um die Beträge zu ermitteln, welche auf die einzelnen Genossenschafter zur Deckung der Ausfälle der Gläubiger der Genossenschaft entfallen (§§. 61, 85, 69 Gen. Ges.). Diese Berechnung obliegt bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung im Falle des Concurses dem Masseverwalter (§. 85 Abs. 2), sonst aber und bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung stets dem Vorstande (§. 61) bezw. den Liquidatoren (§. 71). Die aus dieser Berechnung für die einzelnen Genossenschafter[7]) sich ergebenden Beiträge müssen den Genossenschaftern bekanntgegeben werden, welche zur Zahlung dieser Beiträge der Genossenschaft gegenüber verpflichtet sind. Im Falle der Weigerung oder Verzögerung der Zahlungen erfolgt die executionsweise Eintreibung dieser Beiträge durch den Vorstand bezw. die Liquidatoren im Wege des Gerichtes nach den Vorschriften des summarischen Verfahrens (§§. 61 u. 65). Hiezu sowie zu dem diesbezüglichen Verfahren ist im Falle des Concurses das Concursgericht und im Falle des Umlageverfahrens ohne Concurseröffnung jenes Gericht competent, bei welchem die Genossenschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand hat (§§. 61 und 69 Gen. Ges.). Der

7) Vgl. §§. 91—111 des deutsche Gen. Ges.; daselbst ist gleichfalls in §§. 91 bis 93 für die oben im Texte angeführten Fälle des Concurses oder der Ueberschuldung das Umlageverfahren eingeführt; vgl. hiezu Gareis H. R. §. 40 IV.

Vorstand bezw. die Liquidatoren haben diesfalls die Beitragsberechnung in doppelter Ausfertigung sammt einer Abschrift des Genossenschaftsvertrages und eines Verzeichnisses der Ausfälle der Gläubiger und der nach der Beitragsberechnung auf jeden beitragspflichtigen Gesellschafter entfallenden Beiträge dem competenten Gerichte (Concursgerichte) vorzulegen (§. 61). Hierüber hat der Concurscommissär bezw. außerhalb des Concurses das competente Gericht eine Tagsatzung anzuordnen, die dem Vorstande bezw. den Liquidatoren unter Anschluß der einen Ausfertigung der Vertheilungsberechnung und allen Genossenschaftern durch besondere Verständigung und mittels Anschlages bei Gericht mit dem Beifügen bekanntzugeben ist, daß sie von der Beitragsberechnung beim Concurscommissär (Gericht) oder beim Vorstande Einsicht und Abschrift nehmen können, um dann bei der Tagsatzung ihre eventuellen Erinnerungen vorzubringen (§. 62). Die rechtlichen Folgen der Verständigung aller Genossenschafter treten schon durch den Anschlag bei Gericht ein, wenn etwa die Zustellung an Einzelne der Genossenschafter unterblieben sein sollte (§. 62). Das Gericht hat nun bei der Tagsatzung die Einwendungen der Genossenschafter gegen die Beitragsberechnung zu hören und im Wege der Verhandlung die betreffenden Sach- und Rechtsverhältnisse aufzuklären, welche zur vorläufigen Beurtheilung der Erheblichkeit der Erinnerungen erforderlich sind. Bei Unterbrechung der Verhandlung ist der Termin der Fortsetzung derselben sofort den anwesenden Betheiligten durch den Concurscommissär bezw. durch das competente Gericht bekanntzugeben und dieser Umstand in dem über die Tagsatzung aufzunehmenden Protokolle anzumerken, ohne daß es einer neuerlichen Vorladung der Betheiligten bedürfte (§. 63). Das Gericht hat auf Grund der vorgebrachten Erinnerungen sowie der diesbezüglichen Verhandlungen die Beitragsberechnung zu prüfen, und dann nach eventueller Berichtigung zu bestätigen. Gegen dieses Erkenntniß, das durch Anschlag bei Gericht bekanntzumachen und binnen 14 Tagen executionsfähig ist, gibt es kein Rechtsmittel (§. 64). Die definitive Beitragsberechnung liegt bei Gericht in einem Exemplare zur Einsicht für die Genossenschafter auf, während die zweite Ausfertigung mittels gerichtlichen Bescheides dem Vorstande bezw. den Liquidatoren zugemittelt wird (§. 65). Die vorstehenden im Gesetze zunächst für Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung aufgestellten Vorschriften betreffend die Beitragsberechnung finden auch nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung im Concursfalle mit der Maßgabe Anwendung, daß hier an Stelle des Vorstandes der Masseverwalter tritt (§. 85). Doch dürfte, da §. 76 ausdrücklich die Haftung bei letzteren Genossenschaften auch für den Fall der Liquidation normirt, dieses Verfahren auch bei letzteren Genossenschaften für den Fall der Passivität ohne Concurseröffnung zulässig sein.

Jeder Genossenschafter kann die Beitragsberechnung, soweit sie ihn betrifft, bei dem ordentlichen Gerichtsstande der Genossenschaft mittelst Klage zu Handen des Vorstandes, oder der Liquidatoren, welchen in diesem Processe die Vertretung der übrigen betheiligten Genossenschafter

obliegt, bezw. bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung im Concursfalle mit Klage gegen die Masse anfechten, ohne daß aber hiedurch die Execution gehemmt würde (§. 66, 86).[8]) Sollte hiedurch oder durch Uneinbringlichkeit einzelner Beiträge ein Ausfall entstehen, so ist ein neuer Plan auszuarbeiten, in welchem der Ausfall auf die übrigen Genossenschafter vertheilt wird (§. 67), u. z. bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung unter Einhaltung der Haftsumme. Hiebei muß ebenso verfahren werden, wie bei dem ersten Plane (§§. 67, 61—66).[8]) Die Beiträge selbst hat der Vorstand bezw. bei Genossenschaften mit beschr. Haftung im Concursfalle der Masseverwalter in Empfang zu nehmen und ihrer Bestimmung gemäß zu verwenden (§. 68). Wenn der Vorstand bezw. die Liquidatoren die hier rücksichtlich des Umlageverfahrens dargestellten Gesetzesbestimmungen nicht erfüllen, so kann das Gericht über Antrag eines betheiligten Genossenschafters einen oder mehrere Genossenschafter oder auch andere Personen hiezu bestellen (§. 70). Das Umlageverfahren hindert die Genossenschaftsgläubiger nicht, ihre Rechte aus der solidarischen Haftung der Genossenschafter gegen dieselben wegen der an ihren Forderungen erlittenen Ausfälle selbständig geltend zu machen (§. 72).

V. Die Verjährungsfrist für Klagen gegen einen Genossenschafter aus Ansprüchen gegen die Genossenschaft beträgt bei Genossenschaften m. unbeschr. Haftung zwei Jahre, bei solchen m. beschr. Haftung ein Jahr, von der Auflösung der Genossenschaft oder dem Ausscheiden eines Genossenschafters an gerechnet, sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung gesetzlich eine kürzere Verjährungsfrist statuirt wäre (§. 73 Abs. 1, §§. 78, 79).[9]) Bei Genossenschaften mit beschr. Haftung kann die Verjährungsfrist statutarisch verlängert werden (§. 78). Sie beginnt bei bereits fälligen Forderungen mit dem Tage der Registrirung, bei anderen mit der Fälligkeit, und endlich bei nicht fälligen, jedoch kündbaren Forderungen mit dem Ausgange der Kündigungsfrist (§. 73 Abs. 2).[10]) Dasselbe gilt rücksichtlich der Fortdauer der Haftung des Genossen aus gekündigten Geschäftsantheilen und deren Rückzahlung (§. 80). Im Uebrigen gelten auch hier dieselben Bestimmungen wie bei der Verjährung der Klagen bei der offenen Handelsgesellschaft (vgl. §§. 73—75 Gen. Ges. mit Art. 146 bis 149 H. G. B.).[11]) Für Rückzahlungen von Antheilen bezw. Vertheilung des Ueberschusses (s. oben unter III.) vor Ablauf der event. Haftfrist macht das Gesetz bei Genossenschaften mit beschr. Haftung die Mitglieder des Vorstandes bezw. die Liquidatoren solidarisch verantwortlich (§. 82).

---

8) Siehe für das deutsche Recht Stobbe-Schulz Privatr. I. §. 60 Note 17; Goldschmidt Ztschr. f. H. R. XXVII. S. 18 ff.

9) Ebenso deutsches Gen. Ges. §. 72, während ung. H. G. (§. 254) und bosn. (§. 277) nur eine einjährige Verjährungsfrist statuiren.

10) Vgl. §. 254 ung. und §. 277 bosn. H. G.

11) Vgl. auch §§. 254—257 ung. H. G. und §§. 277—280 bosn. H. G.

II. Buch.

Die Objecte des Handelsverkehres und deren Recht.

(Sachenrecht des Handels.)

---

§. 88.

I. Der Begriff von Gut, Sache und Waare.[1])

Gut, Sache und Waare sind keine sich deckenden Begriffe. Was dazu geeignet ist, die wirthschaftlichen Bedürfnisse des Menschen zu befriedigen, ist Gut; sei es ein körperlicher Gegenstand oder ein Recht an einem solchen oder auf eine Leistung oder sonst ein zum Austausch geeigneter Gegenstand.[2]) Unter Sache im Sinne des Natürlichen ist jedes Naturding[3]), d. i. jedes Stück der unfreien Natur, jeder körperliche Gegenstand zu verstehen. Diesen physikalischen Sachbegriff aber suchte das Recht in verschiedenartiger Weise durch Hinzufügung eines technischen Merkmales in einen rechtlichen Begriff zu verwandeln[4]), obwohl es an sich auch für das Recht genügen würde, die Sache als ein räumlich abgegrenztes Stück der Natur, als ein körperliches Ding[5]) zu betrachten. Hiebei wurde seitens der älteren Doctrin der Begriff Sache mit Rechtsobject identificirt. So definirt auch das öst. a. b. G. B. die Sache in

---

1) Vgl. Brinkmann H. R. §. 4; Thöl H. R. I. §. 204; Endemann im Hdb. f. H. S. u. W. R. §§. 163, 164; Goldschmidt H. R. II. §. 60; Endemann, H. R. §. 94; Göppert, Organ. Erzeugnisse S. 187; Ueber einheitl., zusammengesetzte u. Gesammtsachen S. 73.

2) Vgl. Roscher, Grundlage der Nationalökonomie §§. 2, 3; v. Herman, Staatswirthschaftliche Untersuchungen (2. Aufl. 1870) S. 105, 106, 107, 113, 114; Knies, Das Geld S. 3, 20—22, 66, Neumann in Ztschr. f. die ges. Staatswissenschaft LXXXVIII. S. 257 ff., und in Schönberg's Hdb. der polit. Oekonomie S. 122 u. ff.; Wagner, Allg. od. theoret. Volkswirthschaftslehre I. Th. 2. Aufl. (1879) S. 12; Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne (1869) S. 15 ff.; v. Böhm-Bawerk, Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirthschaftlichen Güterlehre (1881); Menger, Grundsätze der Volkswirthschaftslehre I. (1871) S. 233 ff.; Goldschmidt, Hdb. d. H. R. I. §. 40 u. II. §. 60.

3) Regelsberger, Pandecten I. §. 96.

4) Unger, System I. §. 45.

5) Stobbe, D. Privatr. I. Bd. (3. Aufl. bes. v. Schulz) §. 63. So auch §. 778 des Entw. eines bürg. Ges. B. f. das deutsche Reich: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände", welche Definition der Entwurf nur deshalb aufstellt, um einer doppelsinnigen Auslegung dieses Begriffes vorzubeugen, ohne nöthig zu haben, jedesmal das Eigenschaftswort „körperlich" hinzuzufügen (Mot. z. Entw. I. Lesung III. Bd. S. 33). — Das sächs. bürg. Ges. B. unterläßt es, eine Definition des Sachbegriffes zu geben (vgl. Mot. zu §. 58 sächs. G. B.).

§. 285 als „Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient.“ [6])

Auch mit dem Worte Waare sind verschiedene Begriffe verbunden. Im weitesten Sinne wird als Waare jedes zum Vertauschen bestimmte und dazu fähige Gut [7]), d. i. „jedes nach wirthschaftlichen Begriffen werthvolle Gut“ [8]) bezeichnet, das „natürliche und rechtliche Fähigkeit zum Umsatz“ [9]) besitzt. Object des Umsatzes aber, der sich als Uebertragung des Objectes von einem Besitzer zum anderen zum Zwecke einer weiteren Uebertragung darstellt, wie als „Kauf um Verkauf, oder Verkauf um Kauf folgen zu lassen, oder Anschaffung um Veräußerung, oder Lieferungsversprechen, um Anschaffung folgen zu lassen“ [10]), kann nur das sein, was Tauschwerth hat. In diesem weitesten Sinne umfaßt der Begriff der Waare nicht bloß Sachen (Sachengüter), sondern auch unkörperliche Güter, insbesondere Forderungsrechte in Gestalt der „Verbriefung“, einer Art „Verkörperung“ [11]), ferner die „Arbeitskraft in ihrer Bethätigung als Arbeitsleistung, daher auch die Erfindung, Entdeckung, geistige (wissenschaftliche, künstlerische) Production und endlich Verhältnisse, welche Leistungen erwarten lassen (wie z. B. Bürgschaft, Credit), und auch das Ding, welches dergleichen Verhältnisse begründet (z. B. Firma, Marke). [12]) In einem engeren Sinne faßt das H. G. B. den Begriff der Waare als einer verkehrsfähigen, beweglichen körperlichen Sache oder als in Urkunden „verbriefter“ („verkörperter“) unkörperlicher Güter auf (sog. „materielle Werthträger“ und „Werthpapiere“ oder „Werthzeichen“). [13]) Allerdings definirt das H. G. B. den Begriff „Waare“ nicht, ja es gebraucht das Wort „Waare“ nicht einmal durchwegs in einer bestimmten technischen Bedeutung [14]), sondern abwechselnd mit bezw. neben, mitunter auch synonym mit „Gut“ [15]), „bewegliche Sache“ [16]), „vertretbare Sache“ [17]), „Gegen-

6) Vgl. preuß. L. R. I. 2 §. 1: „Sache überhaupt heißt im Sinne des Gesetzes alles, was der Gegenstand eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit sein kann.“ In diesem Sinne fallen nach §. 2 a. a. O. „auch die Handlungen der Menschen, ingleichen ihre Rechte, insofern dieselben den Gegenstand eines anderen Rechtes ausmachen“, unter die allgemeine Benennung von Sachen. Im engeren Sinne bezeichnet §. 3 a. a. O. als Sache „nur dasjenige, was entweder von Natur oder durch die Uebereinkunft der Menschen, eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann.“ Vgl. code civ. und Rhein. Civ. G. B. Art. 516 ff., 526, 529 ff.; bayr. L. R. II. 1. §§. 9, 10.

7) Endemann im Hdb. II. §. 163; vgl. Roscher, Grundlage der Nationalökonomie §. 95; Goldschmidt, H. R. II. §. 60.

8) Endemann im Hdb. II. §. 162.

9) Roscher, System der Volkswirthschaft I. S. 194.

10) Thöl, H. R. I. §. 26.

11) Goldschmidt, Hdb. II. §. 60.

12) Goldschmidt, Hdb. I. §. 40.

13) Goldschmidt, Hdb. II. §. 60.

14) Thöl, H. R. I. §. 31; Endemann im Hdb. II. §. 163; Goldschmidt, H. R. II. §. 60.

15) So in Art. 323, 335 (Handelsgut), insbesondere aber in der Lehre vom Commissions-, Speditions- und Frachtgeschäfte: so in Art. 365, 366, 367, 374 (hier auch „Commissionsgut“), 376, 380, 382, 385, 386, 390, 392, 393, 395 (hier auch „Frachtgut“), 396, 401, 402, 403 („Frachtgut“), 404, 405, 406, 407, 408, 409 (hier auch „Frachtgut“), 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 420, 422 (vgl. hier auch „Gütertransport“), 424, 426, 428, 430, 431

stand"[18]) oder „Vermögensstück".[19]) Auch erscheint eine Definition von „Waare" nicht nothwendig, da aus dem Zusammenhange, in welchem dieses Wort im Gesetzbuch genannt ist, die wichtigsten Merkmale dieses Begriffes zur Genüge erhellen. Werth und Verkehrsfähigkeit sind selbstverständliche Eigenschaften einer Waare, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein soll. Daß nur bewegliche körperliche Sachen oder Werthzeichen Waaren sein können, ergibt sich wohl schon daraus, daß das H. G. B. an einzelnen Stellen (Art. 51, 344, 345, 347, 348 u. a.) von einem Ueberbringen bezw. Uebersenden von Waaren spricht, sowie sich auch aus der Textirung des Art. 271 Z. 1, der von Waaren oder anderen beweglichen Sachen spricht[21]), von selbst ergibt, daß nur bewegliche Sachen Waaren sein können.[22])

Die Waare kommt im Handelsrecht in dreifacher Beziehung in Betracht: als Gegenstand des Besitzes und anderer dinglicher Rechte, als Object von Obligationen (Handelsgeschäften) — [insbesondere heißt der Gegenstand des Kaufes „Waare"] — und endlich als Bestandtheil des Handelsvermögens.[23])

§. 89.

II. Rechtlich bedeutsame Eigenschaften der Sachen und darauf beruhende Sacheintheilungen.[1])

Die im Civilrecht als für die Behandlung der Sachen relevant anerkannten Eigenschaften sind auch für das Handelsrecht nicht ohne Bedeutung geblieben.

(vgl. Güterversendung in Art. 379, 388 und „Güterbestäter" in Art. 389).

16) Art. 271 (neben „Waare"), 272, 273 (neben „Waare"), 302 (neben „Waare"), 306 (ebenfalls neben „Waare"), 309, 313. Nicht synonym mit „Waare" ist „bewegliche Sache" im Art. 91.

17) Art. 338; nicht so Art. 91, 143, 301.

18) Art. 306, 310, 311, 314, 315, 349, 359, 323 (neben „Waare"), nicht so in Art. 120 und 425.

19) Art. 131.

20) Vgl. §§. 48, 343, 344, 346, 347 ung. und §§. 51, 361, 362, 364, 365 bosn. H. G.

21) Vgl. v. Hahn, Comm. §. 5 zu Art. 271: „Eine Begriffsbestimmung der Waare ist wegen der nachfolgenden Worte „anderen beweglichen Sachen rc." nicht erforderlich." Nicht ganz genau ist in dieser Hinsicht die Stylisirung des Art. 273 Abs. 2 H. G. B., welcher unter den connexen Handelsgeschäften eines Kaufmannes insbesondere die gewerbliche Weiterveräußerung der zum Betriebe des Handelsgewerbes „angeschafften Waaren, beweglichen Sachen und Werthpapiere" anführt. Dennoch hat das Wort „Waare" hier dieselbe Bedeutung wie im Art. 271 Z. 2 (vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 5 Note 10 zu Art. 271).

22) Schon der römische Ausdruck „merx" bezog sich nur auf Mobilien, in l. 66 Dig. de V. S. 50, 16 sagt Ulpian: „mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet" (vgl. hierüber insbesondere Goldschmidt, Hdb. des H. R. I. §. 41 Note 17). Vgl. hiezu auch die griechischen Ausdrücke: ἐμπορία = Handelswaare, ὤνια = Marktwaare (von ὤνιος = zu kaufen, kaufbar, verbum ὠνέω), wofür auch ἀγοράσματα, ἐμπορικὰ χρήματα gebraucht wurde.

23) Goldschmidt, Hdb. d. H. R. II. §. 60.

1) Endemann im Hdb. II. §§. 164 bis 166; Goldschmidt, Hdb. II. §§. 61 bis 63, und die dort angegebene Literatur; ferner noch Regelsberger, Pandecten I. §§. 98—101.

I. Vor allem bildet die **Verkehrsfähigkeit** einer Sache die Grundbedingung, unter der eine Sache im Handel in Betracht kommen kann. Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind (res extra commercium), können niemals Gegenstände von Handelsgeschäften werden; über sie abgeschlossene Rechtsgeschäfte sind nichtig. Dies können nun allgemeine Güter (res omnium communes) sein oder Sachen, deren Besitz oder Umsatz verboten ist. Rücksichtlich der einzelnen Fälle der Verkehrsunfähigkeit einer Sache kann auf die einschlägigen Civil-, Gewerbe- und Strafgesetze verwiesen werden.[2]) Die durch diese Gesetze dem Verkehre absolut oder relativ (in Ansehung bestimmter Personen)[3]) entzogenen Sachen sind ebenso auch vom

---

2) Nach östr. bürgerlichem Rechte und wohl auch nach heutigem gemeinen Rechte (Stobbe-[Schulz], Deutsches Privatr. I. §. 64) wird unterschieden zwischen Sachen, die überhaupt nicht Gegenstand von Privatrechten sein können (vgl. a. b. G. B. §§. 303, 448, 653) und solchen, rücksichtlich welcher nur gewisse mit ihrer besonderen Zweckbestimmung unverträgliche Privatrechte nicht bestehen und darauf bezügliche Rechtsgeschäfte nicht giltig abgeschlossen werden können (§§. 878, 880 a. b. G. B.). Zu ersteren gehören aus natürlichen Gründen Luft, fließendes Wasser und das offene Meer, als Ganzes aufgefaßt als res omnium communes im weiteren Sinne (l. 1. J. de rer. div., 2, 1; l. 2. 5. Dig. eod. tit. 1, 9) und kraft positiver gesetzlicher Bestimmung z. B. ausländische Lotterieloose (§§. 24 u. 25 Lottopatente v. 13. März 1813, Hfd. v. 7. Juni 1826, Pol. Ges. Slg. LIV. S. 181; §§. 438 ff. Gef. Str. Ges. B.), Monturstücke, außer unbrauchbaren und zerstückten (vgl. insb. Hfd. v. 15. Decbr. 1800 Pol. Ges. S. XV. S. 201 und 29. Aug. 1839 P. G. S. LXVII. S. 169), öffentliche Flüsse (§. 287 a. b. G. B.), wogegen öffentliche Wege zum Theile veräußert werden können, menschliche Leichname (arg. §. 306 Str. G. B.), doch kann unter Umständen auch der Leichnam (Skelet) in Privateigenthum stehen und Gegenstand des Verkehrs werden (Unger, Oestr. Priv. R. I. §. 46, Note 28), zu letzteren — den nur beschränkt verkehrsfähigen — Sachen gehören: Sachen, deren Veräußerung verboten ist, z. B. Kreuzpartikeln und Reliquien, die aber in Eigenthum stehen, verschenkt und vererbt werden können, ferner Sachen, deren Ausfuhr verboten ist (§. 880 a. b. G. B.), dann die res divini iuris (sacrae, religiosae, sanctae), die nur in gewissen Fällen veräußert werden können (vgl. §. 175 Str. G. B.).

3) So für Ordenspersonen, welche das Gelübde der Armuth abgelegt haben (Hfd. v. 28. Oct. 1772, 21. Mai 1774, 30. Mai 1780, 9. Nov. 1781 Nr. 30 J. G. S., 30. Aug. 1782 Nr. 72 J. G. S., 23. März 1809 Nr. 887 J. G. S., 27. April 1816 Nr. 1235 J. G. S. und 7. Juni 1833 Nr. 2618 J. G. S.) mit Ausnahme der säcularisirten Ordensgeistlichen (Kais. Pat. v. 9. Nov. 1781 Nr. 30 J. G. S., Hfd. v. 26. Jän. 1810, 17. Aug., 28. Dec. 1835 Nr. 30, 898, 76, 111 J. G. S.), der deutschen Ordensritter (§. 10 des kais. Pat. v. 28. Juni 1840 Nr. 451 J. G. S.), nicht aber der Ordenspriester selbst (Min. Vdg. v. 31. Dec. 1866 Nr. 4 R. G. Bl. f. 1867), der Ritter des Maltheserordens (Hfd. v. 11. Dec. 1795 Nr. 268 J. G. S.), nicht aber des priesterlichen Maltheserordensconventes in Prag (Hfd. v. 22. Jänner 1818 Nr. 1408 J. G. S.), dann der Redemptoristen (Hfd. v. 9. Jän. 1843 Nr. 670 J. G. S.), der englischen Fräulein (Hfd. v. 7. Juni 1774), der Redemptoristinnen (Hfd. v. 23. Dec. 1830 Nr. 2498 und v. 24. März 1831 Nr. 2508 J. G. S.), der barmherzigen Schwestern (Hfd. v. 13. Juni 1832 Nr. 2545, 27. Febr. 1843 Nr. 685, 13. Aug. 1845 Nr. 901 J. G. S.), der Schulschwestern (Hfd. v. 17. Juni 1846 Nr. 971 J. G. S.); ferner für türkische Unterthanen und ihre Gattinnen, selbst wenn letztere der Geburt nach österreichische Unterthanen waren, und ebenso für Montenegriner rücksichtlich der Immobilien (Hfd. v. 24. Febr. 1816 Nr. 1214, v. 14. Juni 1846 Nr. 922 J. G. S.), für Akatholiken in Bezug auf Kreuzpartikeln und Reliquien, welche sie nicht einmal als Erben erwerben können (Hfd. v. 25. Nov. 1826 Nr. 2234 J. G. S.), für

Handelsverkehre ausgeschlossen. Jedoch nur absolute Versagung der Verkehrsfähigkeit kann einer Sache die Waareneigenschaft nehmen, während bloß relative Verkehrsverbote nur Einzelnen das Recht des Handels mit den betreffenden Gegenständen nehmen.

II. Ferner wird zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen unterschieden, zu welchen letzteren nicht nur die Rechte, z. B. Servituten, Obligationen[4]), sondern von Manchen auch „die unkörperlichen Schöpfungen der geistigen Thätigkeit . . . . , die wissenschaftlichen und künstlerischen Erzeugnisse, die Erfindungen, die Muster und Modelle“ gerechnet werden.[4]) Schon oben (§. 88) wurde dargethan, daß die Körperlichkeit ein wesentliches Merkmal im Begriff der Sache ist.[5]) Die Unterscheidung körperlicher und unkörperlicher Sachen beruht auf der oben (§. 88) besprochenen Identificirung des Begriffes der Sache mit jenem des Vermögensobjectes. Auch die römischrechtliche Unterscheidung von res corporales und res incorporales ist nicht eine Eintheilung der Sachen, sondern der Vermögensbestandtheile.[6]) Wohl gewinnen diese Schöpfungen ein selbständiges Dasein, können Gegenstand gesonderter wirthschaftlicher Verwerthung und Uebertragung an Andere, des Eigenthums, Besitzes, Pfandrechtes, Nießbrauches sein und sind des rechtlichen Schutzes fähig und bedürftig, aber die Grundsätze von dem körperlichen Wesen lassen sich keineswegs schlechthin auf diese „unkörperlichen“ Güter übertragen, sowie sie auch auf Rechte nicht schlechthin anwendbar sind.[7]) Auch das H. G. B. betrachtet die Forderungen und Schulden als Vermögensbestandtheile (vgl. Art. 29 u. 131).[8])

III. Die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche ist im Handelsrecht insofern von Bedeutung, als nur bewegliche Sachen Waaren sein können, und als Geschäfte über Immobilien niemals Handelsgeschäfte sind (Art. 275).[9]) Das H. G. B. enthält einzelne besondere, auf unbewegliche Sachen Bezug nehmende und auf dieselben anwendbare Bestimmungen, wie in Art. 29, 42, 91, 111, 114,

---

Juden rücksichtlich der zum Gebrauche beim katholischen Gottesdienste bestehenden Gegenstände (Hfkzd. v. 19. Dec. 1839, Pol. G. S. LXVII. Bd.), für Deserteure vom Tage ihrer Entweichung bis zu ihrer Stellung oder Einlieferung (§§. 8 u. 14 Hfd. v. 21. Febr. 1842 Nr. 399 J. G. S.), früher auch für unbefugt Ausgewanderte (§. 10 lit. c. kais. Pat. v. 24. März 1832 Nr. 2557 J. G. S.), welche Beschränkung durch Art. 4 des Staatsgrundges. v. 21. Dec. 1867 Nr. 142 R. G. Bl. und §§. 42—47 u. 54 Wehrgesetz v. 5. Dec. 1868 Nr. 151 R. G. Bl. aufgehoben wurde, für russische Unterthanen rücksichtlich des Besitzes von Immobilien (Art. XVI. des Vertr. v. 14. Sept. 1860 Nr. 272 R. G. B.).

4) So auch §. 292 a. b. G. B.

5) Regelsberger, Pandecten I. §. 96.

6) Gaii Inst. II. 12—14, 28—39, 52; §§. 1 u. 2 J. de reb. incorp. 2, 2, l. 1 §. 1 Dig. de rer. div. 1, 8; vgl. Schilling, Institut. d. röm. R. II. §. 58 Note h; Fritz, Erläut. I. S. 162 Note 402; Unger, System I. §. 45, Wächter, Württ. Priv. R. II. S. 207 bis 210, Pandecten I. S. 257 ff.; Oertmann, Die Volkswirthschaftslehre des corpus iuris civ. S. 29 ff.; Dernburg, Pandecten I. §. 67; Regelsberger, Pandecten I. §. 96.

7) Vgl. Regelsberger, Pandecten I. §. 94 und die dort insbes. in Note 8 und 9 angeführte Literatur.

8) Ungenau ist die Stylisirung des Art. 31 „sämmtliche Vermögensstücke und Forderungen“.

9) §. 262 ung. u. §. 286 bosn. H. G.

137, 164, 213[10]), ohne aber hiedurch über die dinglichen Immobilienrechte als solche zu entscheiden. Die civilrechtlichen Normen über Erwerb, Uebertragung und Verlust dinglicher Immobiliarrechte erfahren hiedurch keine Aenderung (§ .3 Einf. Ges.).[11]) Ueber die Frage, ob eine Sache als beweglich oder unbeweglich anzusehen ist, entscheiden die Grundsätze des Civilrechtes[12]); u. z. nicht bloß subsidiär zur Ausfüllung einer Lücke des H. G. B., sondern originär; das bürg. Recht ist eben in dieser Hinsicht vom H. G. B. nicht alterirt und als universales Recht vorausgesetzt.[13])

Die begrifflich und auch nach römischem Rechte nur auf (körperliche) Sachen anwendbare Eintheilung der Sachen in Mobilien und Immobilien wurde im deutschen Rechte schon frühzeitig auch auf das gesammte Vermögen, auf alle Vermögensstücke übertragen. Auf diesem Standpunkt steht auch das öster. a. b. G. B. (§§. 298, 299), dessen bezügliche Vorschriften jedoch nur als Auslegungsregel im Zweifel zu gelten hat, sofern nicht etwa im einzelnen Falle die entgegengesetzte Intention der Disponenten erwiesen wäre.[14]) Hienach werden im öster. a. b. G. B. die Rechte und Klagen (mit Ausschluß der Erbklage)[15]) je nach ihrem Gegenstande zu den Mobilien und Immobilien gezählt.

IV. Man unterscheidet ferner zwischen einfachen und zusammengesetzten Sachen, welche letzteren aus körperlich oder rechtlich verbundenen Sachen bestehen, und entweder Sachgesammtheiten oder Hauptsachen mit Nebensachen, Zubehörungen (Pertinenzen) sind.[15a]) Sowohl die einfachen als die zusammengesetzten Sachen können Gegenstände des Handelsverkehres werden. Es ist im concreten Falle Thatfrage, ob eine Sache als selbständiger Vertragsgegenstand in Betracht kommt oder ob eine Sache infolge ihrer Pertinenzqualität das Schicksal einer anderen

10) Vgl. §§. 26, 38, 63, 69, 90, 112 ung. H. G. und §§. 28, 41, 67, 73, 94, 116 bosn. H. G. [1108.

11) Prot. S. 176, 278, 1001, 1107,

12) Oestr. a. b. G. B. §§. 293 ff.; vgl. hiezu Zeiller, Comm. z. a. b. G. B. (1812) II. 1. Abth. S. 13 ff.; Nippel, Erläuterungen des a. b. G. B. für die ges. deutschen Länder der östr. Monarchie (1831) III. S. 12 ff; Winiwarter, Das östr. bürgerl. Recht (2. Aufl.) II. S. 7 ff.; Michel, Hdb. des allg. Privatrechts f. d. Kaiserthum Oesterreich (1853) I. S. 334 ff.; Unger, System I. §. 48; Kirchstetter, Comm. (5. Aufl. bes. v. Maitisch), v. Stubenrauch, Comm. (4. Aufl., bes. v. Schuster u. Schreiber) zu §§. 293 ff.; Schiffner, Syst. Lehrb. d. östr. allg. bürg. Civilrechts (1882) I. 3. Heft S. 24 ff. (§. 70); Burckhard, System des östr. Privatrechtes II. §. 63; Krainz, Syst. des allg. östr. Privatr. (herausgeg. und redigirt von Pfaff) I. §. 88 (S. 72 ff. und S. 310, 311).

13) Pollitzer, Verhalten des allg. deutschen H. G. B. z. Immobilarverkehr (1885) §. 3; anders Roloff in Busch's Arch. f. H. u. W. R. IV. S. 184.

14) Unger, System §. 48 S. 398; anders Schiffner a. a. O. S. 77 Note 5. Irrig ist die Motivirung der Bestimmungen des östr. a. b. G. B. bei Zeiller a. a. O. II. S. 22, wonach Rechte desselben „im Allgemeinen" als „beweglich anzusehen seien, weil sie der Person ankleben und mit ihr gleichsam den Ort verändern" (vgl. hiezu Unger a. a. O. I. S. 398 Note 65 u. Schiffner a. a. O. I. 3. Heft S. 76, 77 Note 5).

15) Unger a. a. O. I. S. 399, 400.

15a) Vgl. Göppert, Ueber einheitl., zusammenges. u. Gesammtsachen (1871); v. Schey in Grünhut's Ztschr. VIII. S. 114 u. ff. — Handelsrechtlich wichtig in der Lehre vom Kaufe vgl. Literaturangaben bei Goldschmidt, H. R. II. §. 60 Note 15, 2.

Sache (der Hauptsache) theilt. Auch hier sind die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes maßgebend.[16])

Ein specifisch handelsrechtliches Beispiel einer Sachgesammtheit ist das kaufmännische Etablissement sammt allen dazu gehörigen Einrichtungen, Vorräthen, Forderungen und Schulden (Art. 29).[17])

V. Eine weitere Unterscheidung der Sachen ist die in theilbare und untheilbare. Der Begriff der Theilbarkeit und hiemit die Frage, ob eine Sache theilbar sei oder nicht, entscheidet sich nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, auf welche hier verwiesen werden kann.[18]) Auch der Handelsverkehr kennt ideelle und reelle Theilbarkeit der Sachen; so erscheinen z. B. Actien als ideelle Antheile am Vermögen der Actiengesellschaft. Von der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Sachen ist die Theilbarkeit bezw. Untheilbarkeit einer Leistung zu unterscheiden.[19]) Denn wenn auch das zu Leistende an sich seiner natürlichen Beschaffenheit nach als theilbar erscheint, so kann es doch rechtlich als eine einheitliche, untheilbare Leistung gemeint sein (arg. Art. 359 H. G. B.), in welchem Falle der Forderungsberechtigte eine theilweise, successive oder ratenweise Erfüllung sich nicht gefallen zu lassen braucht.[20]) Natürliche Untheilbarkeit

---

16) A. b. G. B. §§. 294—297, §. 302; vgl. hiezu die oben in Note 12 angeführten Schriftsteller.

17) Siehe oben §. 23.

18) Das a. b. G. B. enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, was theilbar ist. Nichtsdestoweniger darf aber hier nicht auf den physikalischen Begriff der Theilbarkeit zurückgegriffen werden; im juristischen Sinne ist aber eine Sache nur dann theilbar, wenn sie mit Erhaltung ihrer Art („sine interitu" in l. 35 §. 3 D. R. V. 6. 1.) und des Werthes („sine damno", l. 26 §. 2 D. de legat. I.) in mehrere Sachen zerlegt werden kann. Der Theil muß dem Wesen nach dem Ganzen gleich sein, selbst für sich ein Ganzes bilden können, und verhältnißmäßig den Werth des Ganzen in sich tragen; der Gesammtwerth der Theile muß dem Werthe des Ganzen mindestens gleich kommen. Hiedurch unterscheidet sich der Theil im juristischen Sinne vom Bestandtheile. (Vgl. bes. Unger, Syst. I. §. 51; Burckhard, Syst. des östr. Pr. R. II. §. 60; Krainz, Oestr. Pr. R. I. §. 91; Regelsberger, Pandecten I. §. 101.) Zum juristischen Begriffe der Theilung gehört aber nicht nothwendig die Trennung der Theile; diese können auch nach der Theilung in einer solchen Verbindung bleiben, daß sie auch dann noch ein Ganzes zu bilden scheinen, was nur bei Immobilien möglich ist (sog. communio pro diviso); oder es kann auch eine Sache Mehreren gemeinschaftlich, nach Quoten, ideell gedachten Theilen gehören (communio pro indiviso), in welchem Falle die Sache nur getheilt gedacht wird, in der That aber nicht die Sache, sondern nur das Recht getheilt ist (Unger a. a. O., Krainz a. a. O. §. 91). — Vgl. zur Lehre der Theilbarkeit im Allgemeinen: Buchholtz, Versuche (1834) S. 47—61; Wächter im Arch. f. civ. Praxis XXVII. S. 155 ff.; Steinlechner, Die Revision der Lehre von der Theilbarkeit u. Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete I. (1876) [hiezu Regelsberger in Grünhut's Ztschr. III. S. 695 ff.; Eck in Krit. V. J. Schr. XIX. S. 225 ff.]; Unger a. a. O., Burckhard a. a. O., wo sich reiche Literaturangaben finden; Krainz a. a. O.; Wächter, Württ. Pr. R. II. §. 43; Windscheid, Pandecten I. §. 142; Arndt's Pandecten §. 53; Dernburg, Pandecten I. §. 76; Regelsberger, Pandecten I. §. 101. Ueber die Theilung von Häusern insbes. s. Zimmermann im Arch. f. civ. Praxis LIV. S. 421 ff.

19) Vgl. insbes. Savigny, Oblig. R. I. §. 29.

20) Endemann im Handb. II. §. 164; Goldschmidt, H. R. §. 63 Note 29 und dort cit. Literatur.

des zu leistenden Gegenstandes macht selbstverständlich die Leistung zu einer untheilbaren (Art. 359).[21])

VI. Der natürliche Begriff der Verbrauchbarkeit und Unverbrauchbarkeit in seiner Allgemeinheit ist für das Recht nicht verwerthbar; denn hienach wäre jede Sache verbrauchbar, weil jede Sache „durch ihre natürliche Befriedigung menschlicher Bedürfnisse in ihrer physischen Existenz vernichtet oder doch in ihrer Integrität angegriffen“[22]) wird. Das Recht specialisirte daher den Begriff der Verbrauchbarkeit näher nach dem Zwecke der Abnützbarkeit der Sache und nimmt Verbrauchbarkeit nur an, wenn bei bestimmungsmäßigem Gebrauche der Sache deren sofortige Vernichtung oder doch eine erhebliche Verringerung der Substanz in ihrer individuellen Gestalt erfolgt.[23]) Die juristische Bedeutung der Verbrauchbarkeit äußert sich insbesondere darin, daß bei verbrauchbaren Sachen im juristisch-technischen Sinne nicht idem, sondern nur tantundem zurückzustellen ist; auch begründet die Unterscheidung der Sachen in verbrauchbare und unverbrauchbare den Unterschied von usus fructus und quasi usus fructus, von Darlehen und precarium, von societas (communio) quoad sortem (dominium) und quoad usum, wie solche z. B. bei der Illation von Gegenständen in die Handelsgesellschaft entsteht, je nachdem die eingebrachten Gegenstände als verbrauchbare oder als unverbrauchbare in Betracht kommen, bezw. je nachdem sie in letzterem Falle mit intersocialer Schätzung oder ohne solche eingebracht werden (Art. 91 H. G. B.).[24]) Bei Entscheidung der Frage, ob im concreten Falle eine Sache verbrauchbar ist, gelten auch für das Handelsrecht die Principien des Civilrechtes.[25])

VII. In der Regel ist mit der Verbrauchbarkeit auch die Vertretbarkeit verbunden; sie ist keine natürliche, physikalische Eigenschaft der Sache, sondern eine wirthschaftliche oder Verkehrseigenschaft und beruht auf dem Gedanken, daß jede Sache ihre allein eigenthümliche, individuelle Eigenschaft, und mit anderen Dingen derselben Gattung gemeinsame Gattungseigenschaften hat.[26]) Die herrschende Verkehrsansicht entscheidet darüber, ob die einzelnen Stücke einer Gattung so gleichartig sind, daß es bei Ansprüchen auf solche Sachen nicht auf bestimmte Stücke, sondern nur auf einen bestimmten Betrag (Zahl, Maß, Gewicht) der bestimmten

21) Vgl. Lamprecht in Busch's Arch. XXVI. S. 68 ff.; Endemann im Hdb. II. §. 164.

22) Unger, Syst. I. §. 49.

23) Die röm. Quellen sagen: „res, quae ipso usu consumuntur“ (§. 2 J. de usufr. 9. 4.; vgl. dazu Jhering in seinen Jahrbüchern XV. S. 401); — „quae sunt in abusu“ (l. 5 §. 2 D. de usufr. ear. rer. 7. 5); — „quae in absumtione sunt“ — „quae in abusu consistunt“ (l. 5 §. 1 D. h. t.) — „quae usu tolluntur vel minuuntur“ (l. 1. D. h. t.). Vgl. Unger, Syst. I. §. 49; Goldschmidt, Hdb. des H. R. II. §. 60; Windscheid, Pandecten §. 140; Regelsberger, Pandecten I. §. 100; Hanausek, Nießbrauch; Kumpf in Ztschr. f. Staatswissensch. XI. S. 480 ff.; Knies, Geld S. 61 ff., 81 ff.; v. Böhm-Bawerk, Rechte u. Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirthschaftlichen Güterlehre (1881) S. 59 ff.

24) Siehe oben §. 48.

25) §. 301 a. b. G. B.; vgl. hiezu Unger, Syst. I. §. 49 und die mehrerwähnten Commentare z. a. b. G. B. zu §. 301.

26) Regelsberger, Pandecten I. §. 99.

Gattung ankomme.[27]) In diesem Falle heiße die Sache vertretbar, sonst unvertretbar. Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit brauchen nicht verbunden zu sein, wenngleich die verbrauchbaren Sachen meist vertretbar sind; es gibt aber auch verbrauchbare Sachen, die nicht vertretbar sind, z. B. die letzte noch vorhandene Flasche eines sehr alten Weines, und umgekehrt vertretbare, die nicht verbrauchbar sind, z. B. Werthpapiere, Actien. Das öster. a. b. G. B. (§§. 301, 971, 983 ff.) confundirt Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit.[28])

Im Handelsrechte äußert sich die Bedeutung der Unterscheidung der Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit bei der Lehre der Illation (Art. 91 f. oben §. 48) und ferner darin, daß kaufmännische Anweisungen oder Verpflichtungsscheine über Leistungen einer Quantität vertretbarer Sachen, ohne daß darin die Verpflichtung der Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird, wenn sie an Ordre lauten, durch Indossament übertragen werden können (Art. 301). Endlich ist ein Lieferungsgeschäft über eine Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis nach den Bestimmungen über den Handelskauf zu beurtheilen (§. 338 H. G. B.).

VIII. Auf gleichen Grundgedanken mit der eben genannten Sacheintheilung beruht jene in Einzel- oder Individualsachen einerseits und Gattungssachen andererseits, ohne sich aber mit jener zu decken.[29]) Wohl sind Einzelsachen (Individuen, species) solche Sachen, welche nach bestimmten, ihnen eigenthümlichen Merkmalen und Eigenschaften bestimmt sind, während Gattungssachen (genus) nur durch die allen Sachen einer Gattung zukommenden Eigenschaften und Merkmalen bestimmt sind[30]; der Unterschied besteht aber darin, daß bei vertretbaren Sachen die einzelne Sache innerhalb der Gattung, weil gleichwerthig, auch gleichgiltig ist, während es bei der Gattungssache nicht für nöthig erachtet wird, sie näher zu bezeichnen, so daß die einzelnen Individuen derselben Gattung als gleichgiltig erachtet werden.[31]) In der Regel sind Gattungssachen vertretbar, Einzelsachen unvertretbar, doch können erstere auch als unvertretbar, letztere als vertretbar gemeint sein. Im Zweifel dürfte bei Handelsgeschäften wie bei Obligationen überhaupt rücksichtlich der Frage des Gegenstandes der Leistung in dieser Hinsicht die Verkehrsansicht am Erfüllungsorte entscheiden.[32]) Je nach verschiedenen Criterien werden die Sachen in verschiedene Gattungen, und innerhalb dieser in Arten zusammengefaßt; anders vom Naturforscher, anders von

27) „res, quae pondere, numero, mensura consistunt" (l. 2 §. 1 D. de reb. cr. 12, 1). — Vgl. überhaupt Unger, Syst. I. §. 50; Goldschmidt, Hdb. des H. R. II. §. 61; Ihering in seinem Jahrb. IV. S. 399 u. ff.; Karlowa in Grünhut's Ztschr. XVI. S. 406 ff.; Halpert, Ueber die jurist. Natur der Vertretungssachen (Göttingen, Diss. 1888); Windscheid, Pandecten §. 141; Regelsberger, Pandecten I. §. 99.

28) Vgl. hiezu Unger a. a. O. §. 50; und die mehrerwähnten Commentare zu §§. 301, 971, 983 ff. a. b. G. B.

29) Goldschmidt, H. R. II. §. 61, insbes. Note 25 ff.; Endemann in Hdb. II. §. 164.

30) Unger, Syst. I. §. 50.

31) Goldschmidt, H. R. II. §. 61.

32) Endemann in Hdb. II. §. 164.

der Zoll- und Steuerbehörde, anders vom Kaufmann, ja anders im Groß-, anders im Kleinhandel, anders im Transportgeschäft, anders beim Kauf.[33]) Die im Handel übliche Classification der Waaren lehrt die Waarenkunde.[34])

Bei Gattungssachen kommt es außerdem auch noch auf eine bestimmte Güte (Qualität) derselben an, wofür verschiedene Bezeichnungen, wie fein, mittel, ordinär, prima 2c., üblich sind, während die Individualsache durch die ihr bei ihrer ordentlichen Beschaffenheit zukommenden Eigenschaften bestimmt ist. Welche Güte verlangt wird, ergibt sich aus dem Vertrage, wobei bezüglich der gebrauchten Sachbezeichnungen nach den bezüglichen handelsrechtlichen Interpretationsregeln vorzugehen ist (Art. 278, 279 H. G. B.)[35]), im Zweifel aber ist nach Art. 335[36]) Handelsgut (Waare) mittlerer Art und Güte gemeint. Inwieweit aus dem Mangel einer vereinbarten Qualität oder Eigenschaft einer Waare dem einen der beiden Contrahenten Rechte, dem anderen Pflichten erwachsen, ist nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden (vgl. z. B. Art. 347, 348, 349, 395 H. G. B.).[37])

§. 90.

III. Maß und Gewicht (Quantität) der Sachen (Waaren).[1])

Die Quantität der Waaren wird durch Messen, Wägen und Zählen[2]) bestimmt. Die dem Messenden als Grundlage des Vergleiches dienende bekannte Größe heißt Maßstab oder Maß u. z. Raummaß als räumliche Einheit, Gewicht als Massen- oder Schwereinheit und Stückmaß als Anzahl herkömmlich gegebener Stücke einer Waare. Die Feststellung des Maßes und Gewichtes gehört dem öffentlichen Rechte an. Sie geschah in Oesterreich zuletzt mit Gesetz vom 23. Juli 1871 Nr. 16 R. G. Bl. v. 1872 und 31. März 1875 Nr. 62 R. G. Bl. und in Ungarn mit Gesetz vom 17. April 1874 und 28. December 1875. Das durch diese Gesetze eingeführte metrische System, das gegenwärtig in fast allen europäischen Staaten und deren Colonien gilt und dessen Bestand durch eine internationale Meterconvention vom 20. Mai 1875[3]) gesichert wurde,

---

33) Goldschmidt, H. R. II. §. 61.

34) Noback, Systematisches Lehrbuch der Handelswissenschaft. 2. Aufl. (1851) §§. 3—6.

35) Vgl. ung. H. G. §§. 265, 266, 267, bosn. §§. 289, 290, 291.

36) Vgl. §§. 321 ung. u. §. 337 bosn. H. G.

37) Vgl. §§. 346, 347, 348, 349, 398 ung. und §§. 364, 365, 366, 367, 411 bosn. H. G.

1) Vgl. hiezu Noback, Münz-, Maß- und Gewichtsbuch, 2. Aufl. 1877 mit Nachtrag v. 1879; Rau, Volkswirthschaftspolitik II. §§. 230, 231; v. Stein, Handb. der Verwaltungslehre (2. Aufl.) S. 429; Jolly in Schönberg's Hdb. der polit. Oeconomie (1882) S. 425 ff.; Goldschmidt, H. R. II. §. 63, wo in den Noten reiche Literaturangaben enthalten sind.

2) Vgl. „pondus, numerus, mensura" in den röm. Rechtsquellen. (Vgl. Gaius, Inst. III, 90; pr. J. quibus modis re contrahitur 3, 14; l. 2. §. 1. D. de reb. cr. 12, 1; l. 38 D. de iud. 5, 1; l. 6. D. de rer. vind. 6, 1 u. a. m.)

3) In Oesterreich publicirt im R. G. Bl. Nr. 20 v. 1876; in Deutschland in R. G. Bl. Nr. 19 v. 1876; vgl. auch Ztschr. f. H. R. XXII. S. 220 ff.

entspricht den Anforderungen, welche an ein Maßsystem gestellt werden müssen, es ist einheitlich, einfach, genau, international. Ferner wurde durch das citirte Gesetz v. 1871 auch noch die Ausschließlichkeit der Maße und Gewichte für Behörden und Private, die Prüfung und Nachprüfung der Meßwerkzeuge d. i. der Maße, Waagen und Gewichte durch die Aichbehörde normirt und der Gebrauch unrichtiger oder nicht gehörig beglaubigter Meßwerkzeuge verboten und mit Strafen bedroht.[4])

Nach Handelsrecht streitet die Vermuthung für das landes- oder ortsübliche Maß u. z. für jenes des Erfüllungsortes einer handelsrechtlichen Obligation (Art. 336 H. G. B.).[5]) In Fällen, in welchen die Contrahenten sich auf ein anderes als das orts- oder landesübliche Maß oder Gewicht beziehen, ist stets der wahre Wille der Contrahenten zu ermitteln u. z. insbesondere, wenn die Parteien Benennungen gebrauchen, welche verschiedene gleichnamige Maße bezeichnen können, wie z. B. Elle, Pfund u. s. w. Bezüglich des Gewichtes einer Waare ist noch zwischen dem Brutto- oder Sporcogewichte, d. i. dem Gewichte der Waare sammt Verpackung und dem Nettogewichte, d. i. dem Gewichte der Waare ohne Verpackung bezw. nach Abzug des Gewichtes der Verpackung zu unterscheiden. Das abzuziehende Gewicht der Verpackung wird Tara genannt. Diese Tara wird ermittelt entweder durch wirkliches Nachwägen der Waare allein oder der Verpackung allein (Netto-Tara, reine Tara, als Differenz zwischen dem Bruttogewichte und dem Gewichte der Waare oder als selbständiges Gewicht der Verpackung), oder dadurch, daß man bei einer Anzahl anscheinend gleicher Waarensendungen die Tara für eine derselben auf obige Art bestimmt und diese dann als auch für die übrigen geltend annimmt (Durchschnittstara), oder die Tara erscheint mit Rücksicht auf Waarengattung und Verpackung gewohnheitsmäßig oder gesetzlich taxirt, z. B. bei der Verzollung (Uso- oder usuelle Tara), was eventuell auch in Percenten des Bruttogewichtes geschehen kann (Percenttara). Welche Art der Taraermittelung gemeint ist, darüber entscheidet im Zweifel Gesetz oder Gebrauch des Erfüllungsortes (Art. 352).[6]) Die eventuellen Kosten des Messens und Wägens trägt beim Handelskauf, sofern nicht Ortsgebrauch oder besondere Abrede Anderes bestimmen, der Verkäufer (Art. 351).[7])

§. 91.

IV. Werth, Preis der Waare.[1])

Jedes Gut, jede Sache kann ihrem Inhaber in zweifacher Hinsicht bedeutsam sein. Vorerst kann das Gut seinem Inhaber dadurch dienen,

4) Aichordnung vom 19. Dec. 1872 Nr. 171 R. G. B. v. 1872.

5) Vgl. §. 326 ung., §. 342 bosn. H. G.

6) Ung. H. G. §. 340; bosn. §. 358.

7) Ung. H. G. §. 341; bosn. 359.

1) Vgl. Roscher, Grundlagen der Nationalöc. §. 4; v. Stein, Volkswirthschaftslehre (1878); Wagner, Lehrb. der polit. Oeconomie I., 1. (2. Aufl. 1879) S. 44 ff.; Gans Edler zu Putlitz, Werth, Preis und Arbeit. (Berliner Dissertation 1880); Neumann in Ztschr. f. ges. Staatswiss. XXVIII. S. 257 ff., XXXVI. S. 275 ff., 504 ff. und in Schönberg's Handb. d. pol. Oec. I. S. 125 ff., 263 ff.; Endemann in Hdb.

daß er dasselbe für sich gebraucht oder verbraucht, sodann kann ihm das Gut dadurch nützen, daß er es für ein anderes Gut, das er benöthigt, hingibt. In beiden Fällen befriedigt das Gut ein Bedürfnis, im ersten Fall unmittelbar, im zweiten Fall mittelbar. Ersteres ist Gebrauch (eventuell mit Verbrauch), letzteres Tausch, die Fähigkeit der Sache zu ersterem ist Gebrauchswerth der Sache, die Tauschfähigkeit Tauschwerth, der Grad, in wie weit die Sache ein Bedürfnis befriedigen kann, ist ihr Werth überhaupt.[2]) Das Maß für den Werth einer Sache ist nun das Geld und der durch eine Geldmenge ausgedrückte oder ausdrückbare Werth einer Sache ist ihr Preis.[3]) Werth und Preis werden von dem Bedürfnisse einerseits, d. i. dem Verlangen nach dem Gute (Nachfrage) und von der Menge des vorhandenen Gütervorrathes (Angebot) andererseits abhängen. So entsteht namentlich der Marktpreis, auch Durchschnitts-, laufender, mittlerer Preis, gemeiner Handelswerth genannt, der je nach der räumlichen Ausbreitung oder dem Entstehungsorte Börse-, Fabrik-, Meß-, Ladenpreis, Marktpreis im engeren Sinne ist oder je nach der Zeit, für die er berechnet wird oder währt, Jahres-, Monats-, Wochen-, Tagespreis heißt. Der Marktpreis von Geldsorten oder Werthpapieren heißt Curs, Curswerth. Nach Art. 353 H. G. B. ist im Zweifel unter Marktpreis „der laufende Preis, welcher zur Zeit und an dem Orte der Erfüllung oder an dem für letzteren maßgebenden Handelsplatze nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist, in Ermanglung einer solchen Feststellung oder bei nachgewiesener Unrichtigkeit derselben, der mittlere Preis zu verstehen, welcher sich aus der Vergleichung der zur Zeit und am Orte der Erfüllung geschlossenen Kaufverträge ergibt." Unter den örtlichen Einrichtungen sind hier Preisnotirungen, Preiscourante, Curszettel u. s. w. zu verstehen, deren Feststellung bestimmten Personen überlassen ist, so insbesondere Mäklern, Börsencommissionären u. s. w. Solche Festsetzungen dienen lediglich zur Erleichterung des Nachweises des Marktpreises, nicht aber beweisen sie an sich und allein die Existenz des Marktpreises. Gesetzliche Preistarife kommen gegenwärtig nur selten vor, z. B. für Mäklergebühren, Eisenbahnfrachtsätze, Berge- und Hilfslohn, Prämie bei Versicherungen. Dem Marktpreise gegenüber steht der Gelegenheits-

---

des H. R. II. §. 167; Goldschmidt, H. R. II. §. 64; v. Böhm-Bawerk in Conrad's Jahrb. f. Nat. Oec. XLVII. (N. F. XIII.) S. 1 ff., 477, 479 ff.; Scharling ebenda L. (N. F. XVI.) S. 417 ff., 513 ff.; Lehr ebenda LIII. (N. F. XIX.) S. 17 ff., woselbst neuere Literatur angegeben ist; Zuckerkandl, Zur Theorie des Preises (1889); Wicksell, Ueber Werth, Capital u. Rente (1893); Naumann, Die Lehre v. Werth (1893); Schröder, Der wirthschaftliche Werth (1894).

2) Ueber die verschiedenen Werthbegriffe s. insbes. Goldschmidt, H. R. II. §. 64 und Neumann in Schönberg's Hdb. der polit. Oec. I. S. 125 ff.

3) Vgl. insbes. Goldschmidt, H. R. II. §§. 64 u. 64a u. b und Neumann im cit. Hdb. S. 142, 143. — Nach östr. a. b. G. B. §§. 304 ff. ist Preis soviel als „bestimmter Werth" (Unger, Syst. I. §. 47 Note 13). Das H. G. B. scheidet zwischen Werth (Art. 29, 31, 131, 143, 336, 395, 396, 427) und Preis (Art. 72 nach Fassung des Mäklerges.; 337, 338, 342, 352, 353, 363, 364, 369, 372 H. G. B.), s. Goldschmidt, H. R. II. §. 64 Note 25.

preis und der außerordentliche oder Affectionspreis, hervorgerufen z. B. durch besondere Lage, individuelle concrete Verhältnisse.

In der Regel ist, falls nicht Anderes aus dem Gesetze sich ergibt, bei handelsrechtlichen Obligationen in Betreff von Gegenständen, welche einen Marktpreis haben, dieser als Preis anzusehen. Bei Waaren, welche Markt- oder Börsepreis haben, gewährt das Gesetz Erleichterungen rücksichtlich des Verkaufes. (Art. 311, 343, 348, 354, 357, 365, 366, 376.)[4])

§. 92.

V. Rechte an den Waaren.

A. Im Allgemeinen.

Das Wesen des Handels und Verkehres bringt es mit sich, daß die Bestimmungen des Handelsrechtes über die Rechte an Sachen, obwohl sie im Allgemeinen auf den bezüglichen civilrechtlichen Normen fußen, doch über die Regeln des sonstigen Civilrechtes hinausgehen. Handel und Verkehr verlangen, wie bereits oben (§. 4) angedeutet wurde, „möglichst ungehinderte Bewegung" und ein „lebendiges, im Fluß bleibendes und die neuen Erscheinungen des Verkehrs bereitwillig anerkennendes Recht", das „der Verkehrssicherheit als Stütze diene".[1]) Auf der einen Seite gestattet das in das Handelsrecht eingeführte Princip von Treue und Glaube größere Beweglichkeit und Formlosigkeit, andererseits aber verlangt gerade die Sicherheit des Handels und Verkehrs in gewissen Fällen strengere Formvorschriften. Insbesondere aber ist hier noch zu erwähnen, daß das Handelsgesetzbuch nur Bestimmungen für das Mobiliarsachenrecht gibt, nicht aber die civilrechtlichen Rechte über die Erwerbung, Beschränkung und Aufhebung dinglicher Gesetze auf Immobilien berührt. (§. 3 Einf. Ges. z. H. G. B.) Es kann sich daher die folgende Darstellung lediglich auf das Mobiliarsachenrecht beschränken. Doch auch von diesem soll hier nicht etwa eine erschöpfende Darstellung gegeben werden, sondern es sollen nur die dem Handelsrechte eigenthümlichen Bestimmungen erörtert werden, wobei die einschlägigen Normen und Sätze des bürgerlichen Rechtes als Grundlage zu dienen haben.

§. 93.

B. Besitz.[1])

I. Das Handelsrecht hat keinen vom civilrechtlichen Besitzbegriffe verschiedenen selbständigen Begriff des Besitzes.[2]) Im Allgemeinen kann

4) Vgl. ung. H. G. §§. 306, 351, 352, 347, 355, 371, 381, bosn. §§. 324, 369, 370, 365, 373, 384, 394.

1) Endemann in Holtzendorff's Rechtsencyclopädie S. 611.

1) Außer den Pandectenlehrbüchern (insbes. Windscheid §§. 148 ff.; Dernburg §§. 169 ff.), den Commentaren und Lehr- und Handbüchern des östr. Civilrechtes (insbes. v. Stubenrauch, Comm. I. zu §§. 309 ff., Krainz-Pfaff I. §§. 166 ff. u. Ausführungen S. 456 ff.; Burckhard §§. 132 ff.) und den Lehrbüchern des deutschen Privatrechtes (insbes. Stobbe II. §§. 72 ff.) vgl. insbes. v. Savigny, Das Recht des Be-

daher hier auf das Civilrecht verwiesen werden. Auch im Handelsrecht ist der Besitz als eine Thatsache, nicht als ein Recht zu betrachten, ohne daß aber hier näher in die Erörterung dieser Controverse eingegangen werden kann. Schon die Etymologie des Wortes Besitz deutet auf ein factisches, physisches, ursprünglich allerdings auch sinnliches Verhältniß.[3]) „Der Sprachgebrauch hat den handgreiflichsten sinnlichen Fall einer thatsächlichen Gewalt (des Sitzens auf einer Sache) benutzt, um daraus durch Abstraction einen allgemeinen Ausdruck für den Begriff der thatsächlichen Gewalt oder Herrschaft zu gewinnen."[4]) Diese äußere Beziehung zur Sache verlangt aber nicht gerade die handgreifliche Berührung des Besitzobjectes, sondern es genügt „die thatsächliche Möglichkeit der ausschließenden Einwirkung" auf eine Sache „nach Maßgabe der menschlichen Lebensverhältnisse, so daß die Gewalt selbst bei weiterer Entfernung von der Sache als fortdauernd anzusehen ist."[5])

Nebst der äußeren Beziehung zur Sache erfordert der Besitz auch noch eine innere, nämlich den Willen, die Sache zu besitzen.

Wie das bürgerliche Recht[6]) hat auch das allgemeine Handelsgesetzbuch verschiedene Ausdrücke zur Bezeichnung des Besitzes, wie Besitz, Ge-

---

sitzes 1. Aufl. 1803, 6. Aufl. 1836, woselbst S. 7 ff. reiche Angaben über die ältere Literatur zu finden sind, während die weitere Literatur von 1836—1865 in der 7. Aufl. v. Rudorff (1865) S. 543 ff. zusammengestellt wurde, Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1848); Die Besitzklage des röm. und heutigen Rechtes (1874); Lenz, Das Recht des Besitzes (1860); Randa, Der Besitz nach östr. Recht (1865, 3. Aufl. 1879); Exner, Die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition nach östr. u. gemeinem Rechte (1867); v. Ihering, Ueber den Grund d. Besitzschutzes (2. Aufl. 1869), Der Besitzwille (1889); Meischeider, Besitz u. Besitzesschutz (1876); Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern (1880); Mandry im Arch. f. civ. Praxis LXIII. S. 1 ff.; Kindel, Die Grundlage des röm. Besitzrechtes (1883) und in Gruchot's Beitr. XXI. S. 411 ff., XXII. S. 199 ff., 536 ff., XXIII. S. 55 ff, 378 ff., 511 ff.; Bähr in Ihering's Jahrb. XXVI. S. 224 ff.; Baron ebenda XXIX. S. 192 ff. und XXX. S. 197 ff.; Bekker ebda. S. 235 ff.; Ihering ebenda XXXII. S. 41 ff.; Dernburg, Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes (1883); Pininski, Der Thatbestand des Besitzerwerbes (I., II. 1885, 1889); Strohal, Die Succession in den Besitz (1885); v. Scheurl, Zur Lehre vom röm. Besitzrecht (1886); Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht (1891); Stintzing, Der Besitz I. (1889); Kuntze, Zur Besitzlehre (1890); Klein, Sachbesitz u. Ersitzung (1891); Ofner, Sachenrecht (1893) S. 23 ff.; Pfersche, Oestr. Sachenrecht I. (1893). — Insbesondere für das Handelsrecht ist zu vergleichen: Goldschmidt, H. R. II. Bd. (1. Aufl.) §§. 64 bis 68; Endemann im Hdb. II. §§. 168 bis 171 und H. R. §§. 96, 97.

2) Endemann, H. R. 2. Aufl. §. 76 Note 35 bezeichnete die Dispositionsfähigkeit über eine Sache mittels Connossemente 2c. als handelsrechtlichen Besitz oder Gewahrsam durch Connossemente 2c. — Nicht mehr so in der 4. Aufl. §. 96.

3) Dernburg, Pandecten I. §. 169.

4) Bruns in v. Holtzendorff's Rechtsencyclopädie S. 434.

5) Bruns a. a. O. S. 435.

6) Das a. b. G. B. gebraucht neben „Besitz" s. §§. 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318 (Besitznahme), 319 (Besitzrecht), 320, 321, 322 (Besitzrecht), 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 343, 344, 345, 346, 347, 349, 350, 351, 352, 376, 377, 378, 379, 1460, 1461, 1462, 1463, 1464, „Inhaber" in §§. 319, 334, 348, 378, 471, „Gewahrsam" in §§. 309, 319, 348.

wahrsam, Innehabung[7]) u. s. w., ohne daß aber diese Ausdrücke auf die Unterscheidung von juristischen und natürlichen Besitz hinweisen.[8]) Von den verschiedenen Besitzesarten hebt das Handelsgesetzbuch nur den redlichen Besitz hervor, an den es gewisse besondere Folgen knüpft. (Art. 306.)

II. Besitzerwerb[9]) ist jener Act, durch den der Zustand oder die Möglichkeit thatsächlicher Gewalt über eine Sache absichtlich geschaffen wird. Dieser Act hat entsprechend den oben geschilderten Elementen des Besitzes eine äußere und eine innere Seite, Innehabung oder Dispositionsmöglichkeit einerseits, Wille andererseits. Die Auflösung oder Aufhebung dieser Beziehung der Person zur Sache ist Verlust des Besitzes. Der Erwerb des Besitzes seitens einer Person kann Verlust des Besitzes für den Anderen sein, so daß ein Besitzübergang, eine Besitzübertragung stattfindet. Das H. G. B. wie das Eisenbahnbetriebsreglement haben hiefür die verschiedensten Ausdrücke, wie Uebergabe, Ablieferung, Auflieferung, Auslieferung, Aufgabe auf der einen und Annahme, Abnahme, Empfangnahme auf der anderen Seite, ohne aber diesen Ausdrücken eine bestimmte juristisch-technische Bedeutung beizulegen, so daß im einzelnen Fall je nach der Sachlage der fragliche Ausdruck seine Auslegung zu finden hat. Außerdem kann aber der Besitz auch originär erworben und ohne weitere Uebertragung (z. B. durch Untergang der Sache) verloren werden, was jedoch im Handelsrecht von geringer Bedeutung ist. Im Allgemeinen gelten nun für Erwerb, Schutz und Verlust des Besitzes im Handelsrecht die Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen Rechtes.[10]) Immer aber ist auch hier Willensübereinstimmung zwischen dem Besitz-Uebertragenden und dem Erwerber nothwendig. Die bloße Dispositionsstellung, d. i. die Erklärung, daß eine Sache zur Disposition, zur Verfügung des Erwerbers stehe oder gestellt sei, ist noch nicht Uebergabe, sondern nur Bereitschaft hiezu, ja unter Umständen bedeutet Stellung zur Disposition Verweigerung der Annahme einer Waare seitens des Empfängers oder Erwerbers.[11])

III. Einer besonderen Erörterung bedarf hier die Frage nach der rechtlichen Bedeutung des Anbringens des kaufmännischen Zeichens auf den Waaren.[12]) Lange Zeit wurde dies in der verschiedensten Weise

7) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ausdrücke in den einzelnen Artikeln des H. G. B. gibt Goldschmidt, H. R. II. (1. Aufl.) §. 65 Note 1.

8) Endemann in Hdb. II. §. 168.

9) Vgl. Windscheid, Pandecten §§. 148 ff.; Arndts, Pandecten §. 139; Eck in v. Holtzendorff's Rechtslexicon (3. Aufl.) S. 334. — Für das östr. Recht vgl. noch Burckhard, Oestr. Priv. R. §§. 137 u. 150; Krainz, Oestr. Priv. R. I. §§. 172 ff., dazu Ausführung auf S. 467 ff.

10) §§. 312—327 a. b. G. B.; vgl. hiezu die Commentare des b. G. B. und außerdem Burckhard und Krainz an den in Note 9 cit. Stellen.

11) Gareis, H. R. §. 47, Das Stellen zur Disposition (1870) §§. 40 ff.

12) Vgl. außer der oben (§. 26 in Note 1) angeführten Literatur noch Bartolus, Tractatuli und Comm. zum corpus iuris; Baldus, Comm. zum corpus iuris; Stracha, Tractat. de mercat. II. Nr. 91; Marquardus, De iure mercat. II. 9 Nr. 46 f., III. 9 Nr. 63 ff.; in beiden letzteren Werken ausführliche Angaben über die ältere Literatur, und insbes. Dietzel in Jahrb. d. gem. deutschen Rechtes IV. S. 227 ff., wo sich einige Literaturangaben finden;

aufgefaßt. Theils sah man darin ein Beweismittel[13]), theils eine Präsumtion des Eigenthumserwerbes[14]), theils ein constitutum possessorium[15]), oder eine symbolische Tradition[16]) oder die Bezeichnung des Momentes des Ueberganges der Gefahr vom Uebergeber an den Empfänger[17]), oder den bloßen Ausdruck der Billigung des Empfanges.[18]) Savigny[19]) hat auch hier die Rechtslehre in neue Bahnen gebracht, indem er das Zeichen als ein Unterscheidungsmerkmal der bezeichneten Waare von anderen Waaren auffaßte. Doch auch diese Auffassung trifft nicht in allen Fällen zu; und es ist gegenwärtig wohl allgemein anerkannt, daß dem Signiren der Waaren keine allgemeingiltige, keine für alle Fälle zutreffende juristische Bedeutung beigelegt werden könne, sondern daß nur von Fall zu Fall entschieden werden könne, welche Bedeutung diesem Acte innewohnt.[20])

Zweck der Marke oder des Waarenzeichens liegt darin, daß der Kaufmann entweder die Identität einer Waare hiedurch erkennbar machen oder die Waare als von ihm stammend bezeichnen will. Dieser Zweck der Marke setzt aber schon ein Recht des Kaufmannes, die Waare als die seinige zu bezeichnen, voraus. Der Erwerb dieses Rechtes kann nun allerdings mit dem Aufsetzen des Waarenzeichens zeitlich zusammenfallen, muß es aber nicht. Das Signiren an sich erzeugt kein Recht, sondern constatirt, markirt nur ein bereits bestehendes oder ein unabhängig von dieser Handlung zugleich mit ihr entstehendes Recht. Wer ein fremdes oder ein seiner Firma nicht entsprechendes Waarenzeichen gebraucht, gebraucht dasselbe widerrechtlich, nicht als ob dadurch ein widerrechtlicher Erwerb an der bezeichneten Waare begründet würde — denn dieser ist von anderen durch das bürgerliche Recht festgesetzten Voraussetzungen abhängig —, sondern weil das gebrauchte Zeichen nicht sein Zeichen ist, bezw. wenn das Zeichen den Ursprung der Waare bezeichnen soll, weil hiedurch ein Dritter bezüglich der Provenienz der Waare irregeführt werden könnte, wobei es gleichgiltig ist, ob diesem Dritten ein Nachtheil entsteht oder nicht, ob er dieses Zeichen selbst benutzt oder nicht.[21])

Aus der dargestellten Bedeutung des Waarenzeichnens ergibt sich nun wohl von selbst, daß ein Besitz- oder Eigenthumserwerb, eine Besitz- oder Eigenthumsübertragung in demselben an sich nicht enthalten ist, sondern daß es verschiedenen Zwecken dienen kann, vorzüglich aber der Constatirung der Identität oder der Bezeichnung der Provenienz einer Waare.

Windscheid, Pandecten I. § 154; Randa, Besitz S. 336 f. (bei beiden ist die neuere Literatur verzeichnet), v. Völderndorff in Endemann's Hdb. I. §. 48; Kohler in Grünhut's Ztschr. XII. S. 1 ff.

13) So Bartolus und Baldus.

14) Michelsen, Die Hausmarke S. 64; Bender, H. R. §. 82; Martens, H. R. §. 15.

15) Heise, H. R. S. 29, Treitschke, Kaufcontr. S. 138.

16) Mittermaier, Deutsches Privatrecht §. 565; Hillebrand, Deutsches Pr. R. §. 118. — Vgl. §. 427 a. b. G. B., A. Pr. L. R. I. 7 §§. 53—57, 74—76.

17) l. 1 pr. l. 14 §. 2 D. de peric. 18, 6.

18) Brinkmann, H. R. §. 74 Note 7—8.

19) Besitz §. 16.

20) Vgl. Thöl, H. R. I. §. 79; Goldschmidt, Hdb. d. H. R. I. §. 68; Endemann, H. R. 2. Aufl. §. 100.

21) Vgl. oben §. 26.

IV. Der Verkehr erheischt nicht immer die wirkliche Uebergabe der Sache, es genügt ihm vollkommen, ja es dient ihm unter Umständen sogar besser, wenn dem Erwerber die Möglichkeit der Disposition über die zu erwerbende Sache gewährt werden kann, ohne daß es der Uebergabe der Sache selbst bedarf. Dies geschieht durch die sog. Waaren- und insbesondere Traditionspapiere[22]), auch Dispositionspapiere[23]) genannt. Diese sind entweder 1. Transportpapiere, 2. Lagerpapiere oder 3. Umsatz- und Lieferungspapiere.[24]) Transportpapiere sind die beim Frachtgeschäfte vorkommenden Papiere, in welchen sich der Aussteller verpflichtet, dem durch das Papier legitimirten Besitzer bezw. dem in demselben genannten Adressaten das Transportgut auszuliefern; Lagerpapiere (Lagerscheine)[25]) jene, in welchen der ausstellende Verwahrer sich verpflichtet, die bei ihm lagernde Waare dem im Lagerscheine Bezogenen bezw. dem durch den Lagerschein legitimirten Besitzer auszufolgen; Umsatz- oder Lieferungspapiere endlich jene, in welchen sich der Aussteller dem darin Bezogenen, bezw. dem durch das Papier selbst legitimirten Besitzer zu einer bestimmten Lieferung verpflichtet. Zu den Transportpapieren sind insbesondere die Conossamente und Ladescheine zu zählen; erstere stellt der Seeschiffer im Seetransporte, letztere der Frachtführer im Binnentransporte aus. Wie schon der Name besagt, ist das Conossament[26]) (franz. connaissement v. cognoscere)[27]) zunächst eine Bekenntnißurkunde des Seeschiffers; er bekennt darin, bestimmte Güter zum Seetransporte übernommen zu haben, verspricht aber auch zugleich, die empfangenen Güter an den im Papiere bezogenen Empfänger bezw. an den durch den Besitz des Papieres Legitimirten auszuliefern. Desgleichen ist der Ladeschein[28]) in erster Linie eine Bestätigung des Frachtführers über die empfangene Waare, zugleich aber auch eine Urkunde, in welcher der Frachtführer sich zur Aushändigung des Gutes an den Destinatar oder den legitimirten Besitzer des Ladescheines verpflichtet. Die genannten Transportpapiere sowie die Lagerscheine können nämlich nach Art. 302 H. G. B.[29]) auch an Ordre ausgestellt und durch Indossament übertragen werden. Hie-

22) Vgl. Goldschmidt, Hdb. des H. R. II. §§. 69—77 und in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 18ff.; Thöl, H. R. I. §§. 270, 271; Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition; Schmidt-Scharff, Das Waarenpapier bei See- und Binnentransport (Diss.) 1887; Endemann in Hdb. II. §. 170 und H. R. §. 97 (4. Aufl.); Randa, Besitz (3. Aufl.) S. 362ff.; K. Adler, Das östr. Lagerhausrecht (1892) S. 173.

23) Endemann in Hdb. II. §. 170 und H. R. §. 97.

24) Vgl. Goldschmidt, H. R. II. §. 73.

25) Vgl. unten §. 130 und die dort angegebene Literatur.

26) Vgl. insbes. Goldschmidt, H. R. II. §§. 70—74, woselbst in §. 70 Note * reiche Literaturangabe; Lewis, Deutsches Seerecht I. S. 290 u. in Endemann's Hdb. IV. §§. 35—38 S. 164ff.; Randa, Eigenthumsrecht I. 1 (2. Aufl.) §. 12 Note 16, woselbst gleichfalls reiche Angaben über die neuere Literatur gegeben sind.

27) Nicht so im Englischen, wo der Name „bill of lading“ auf das deutsche „Ladeschein“ hinweist.

28) Vgl. unten §. 142 und die dort angegebene Literatur.

29) Vgl. ung. H. G. §. 295; bosn. §. 314.

durch ist dem Bezogenen dieser Papiere, der zugleich berechtigter Destinatar des Transport- oder Lagergutes ist, die Möglichkeit gegeben, über die im Papiere bezeichnete Waare zu verfügen. Die Form hiefür ist das Indossament. Der Destinatar überträgt sein Recht auf die Waare an den Indossatar und dieser wieder an seinen Nachmann. Mittels dieser Papiere können Besitz, Eigenthum oder Pfandrecht an der Waare übertragen werden, weßhalb stets im einzelnen Falle zu untersuchen ist, welches Recht übertragen wird. Nur wenn die an Ordre lautenden Papiere durch Indossament weiter übertragen werden, wird zweifellos Eigenthum übertragen. Der Besitz des Papieres gewährt dem berechtigten Besitzer dasselbe Recht, welches ihm im concreten Falle der Besitz der Sache selbst verleihen würde. Zu den Lieferungs- oder Umsatzpapieren[30]) gehören insbesondere die Facturen[31]), die Schlußscheine, Kaufbriefe und ähnliche Papiere. Diesen legt allerdings das H. G. B. nicht dieselbe Wirkung, wie den Conossamenten, Ladescheinen und Lagerpapieren bei; aber im Verkehre werden auch diese Papiere — wenn auch nur beschränkt — in ähnlicher Weise wie die Transport- und Lagerpapiere behandelt, sind daher unter Umständen auch indossabel (Art. 301).[32]) Facturen dürfen in Oesterreich weder an Ordre, noch auf den Inhaber lauten, sind daher auch nicht indossabel.[33]) Sie sind nämlich in erster Linie Rechnungen, und es gelten für sie die Bestimmungen des H. G. B. über Rechnungen[34]) (Art. 51, 288 Abs. 2, 294).[35]) Bei Weiterveräußerung der Waare seitens des Käufers wird dem Abnehmer der Waare eine neue Factura ausgestellt, nicht etwa die alte übergeben. Die Factura ist sonach kein Circulationspapier, wohl aber, da sie „die Waare als Gegenstand eines auf Lieferung gerichteten Rechtsgeschäftes zwischen Aussteller und Nehmer der Urkunde" bezeichnet, Lieferungspapier.[36]) Die Uebermittelung der Factura überträgt kein dingliches Recht an der Waare, ist auch nicht als symbolische Tradition anzusehen: der Besitzer der Factura ist als solcher noch nicht Eigenthümer der Waare. Ob er dies wird, hängt von dem Vorhandensein der diesbezüglichen Voraussetzungen des bürgerlichen Rechtes ab (vgl. insbes. §. 427 a. b. G. B.); es hat daher auch im Falle des §. 429 a. b. G. B., wonach der Käufer sofort beim Vertragsabschluß (schon vor Empfang der Waare) Eigenthümer der Waare wird, wenn er die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hat, eine den Eigenthumsübergang auf den Käufer abwehrende Clausel des Verkäufers auf der Factura keine Wirkung.[37])

---

30) Vgl. Goldschmidt H. R. II. §. 77; Endemann, H. R. §. 97. V.

31) Vgl. insbes. Hanausek, Facturen u. Facturenclauseln nach östr. R. (1891).

32) Vgl. ung. H. G. §. 294, bosn. §. 313.

33) Hanausek, Facturen S. 13.

34) Vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 294; Hanausek, a. a. O. S. 12, 13.

35) Ung. H. G. §§. 48, 282 Abs. 2, 287, bosn. §§. 51, 302 Abs. 2, 307.

36) Goldschmidt, H. R. II. §. 77 S. 786; Endemann, H. R. §. 97 V. und im Hdb. II. S. 43 ff.; Hanausek, a. a. O. S. 14.

37) Vgl. hierüber Hanausek, a. a. O. S. 14 ff., insbesondere Note 8, 9, 10 und die dort angegebene Literatur.

Im Wesentlichen gilt auch für Schlußzettel oder Schlußscheine dasselbe. Sie sind zunächst bloße Bescheinigungen über Geschäftsabschlüsse. Sind sie so abgefaßt, daß aus ihnen „eine einfache, von einer Gegenleistung unabhängige Verbindlichkeit der Lieferung oder eine Waarenanweisung erhellt" [38]), so können sie nach Art. 301 H. G. B. an Ordre lauten und durch Indossament weiter übertragen werden. Diesfalls können auf sie, wenn sie auf eine Quantität vertretbarer Sachen lauten, die Grundsätze der Dispositionspapiere angewendet werden, ohne daß mit dem Besitz der Papiere auch immer der Besitz der Waare übertragen würde.

V. Eine besondere Rolle spielt im Handelsrecht der Besitzerwerb durch Mittelspersonen [39]); doch kann auch in dieser Beziehung auf das sonstige Civilrecht verwiesen werden. [40]) Wie im sonstigen Civilrecht ist auch hier Willensübereinstimmung zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter erforderlich, mag diese Uebereinstimmung auch ganz allgemein vorhanden sein und der Vertretene vom einzelnen Besitzerwerbsfalle auch nichts wissen, wie solches in der Regel beim Erwerb des Procuristen und des Handelsbevollmächtigten der Fall ist. Die Grenzen und Schranken der Vollmacht sind zugleich die Grenzen der Erwerbsbefugniß.

Hieran wird nichts geändert, wenn die zu übergebende Waare versandt werden soll, in welchem Falle der Besitz bei vorhandener Willensübereinstimmung stets im Momente der Uebernahme der Waare durch den Stellvertreter erworben wird, also zeitlich und rechtlich unabhängig von der Versendung, sohin vor, bei oder nach der Versendung.

§. 94.

C. Eigenthum. [1])

Der Begriff des Eigenthums ist im Handelsrechte lediglich der civilrechtliche; auch im Handelsrechte gilt das Eigenthum als die volle, ausschließliche rechtliche Herrschaft über eine Sache (bzw. über ein Recht insbes. ein Forderungsrecht). [2]) Diese Herrschaft des Eigenthümers über eine Sache kann aber beschränkt sein, sei es absolut durch gesetzliche Vor-

38) Endemann im Hdb. II. §. 170.

39) Vgl. hierüber Goldschmidt, H. R. II. §. 66.

40) Vgl. rücksichtlich des östr. Rechts: Krainz (-Pfaff), Oestr. Pr. R. I. §. 175; Burckhard, Oestr. Pr. R. III. Th. 1. Abth. 1. Heft §. 137; für das gemeine Recht Windscheid, Pandecten und die dort angegebene Literatur; Bremer in Ztschr. f. Civ. R. u. Proc. N. F. XI. S. 211, XVII. S. 193, XX. S. 97.

1) Außer den Pandectenlehrbüchern (insbesondere Windscheid §§. 167 ff., Dernburg I. §§. 192 ff.), den Commentaren, den Lehr- und Handbüchern des östr. Civilrechtes (insbes. v. Stubenrauch, Comm. I. zu §§. 353 ff.; Krainz-Pfaff II/1 §§. 192 ff. u. Ausführungen II/2 S. 1 ff.) und den Lehrbüchern des deutschen Privatrechtes (insbes. Stobbe, II. §§. 145 ff.) vgl. Goldschmidt, H. R. I. §§. 78—80; Endemann in Hdb. II. §§. 172—174; Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsjustizgesetze S. 311; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. VIII. S. 225 ff., IX. S. 1 ff.; Fitting ebenda XVIII. S. 333 ff.; Viezens ebenda XXXIII. S. 177; Ofner, Sachenrecht S. 50 ff. (§§. 22 ff.); Randa, Eigenthumsrecht (1. Bd. bereits in 2. Aufl. 1893).

2) §§. 353, 354, 362, 364, 365 a. b. G. B.

schrift, welche die Veräußerung verbietet[3]), oder durch freiwilliges Einräumen einzelner Befugnisse des Eigenthümers an Dritte (z. B. eine Servitut wie ususfructus u. s. w.). Auch rücksichtlich des Erwerbes, der Uebertragung, der Wirkung und des Verlustes des Eigenthumes kann im Allgemeinen auf die Grundsätze und Vorschriften des bürgerlichen Rechtes verwiesen werden.[4]) Die wenigen Besonderheiten, welche hier zu verzeichnen sind, ergeben sich sowohl aus der Natur des Handels überhaupt, als insbesondere aus dem Grundsatze von Treue und Glauben, der im Handelsrecht zur Geltung gekommen ist. Von den originären Erwerbsarten verlor durch die Vorschriften des H. G. B. über den redlichen Erwerb (Art. 306, 307)[5]) die Ersitzung ihre Bedeutung[6]); die Fruchtziehung aus beweglichen Sachen bietet keine Besonderheiten, während jene aus Immobilien im Handelsrechte überhaupt nicht in Betracht kommt[7]); Accession und Specification, u. z. letztere überhaupt nur als Verarbeitung einer Sache d. i. als Erzeugung eines seinem Wesen nach neuen Productes aus einer fremden Sache als Stoff, nicht aber als bloße Bearbeitung einer fremden Sache, dürften nur selten als handelsrechtlich-relevante Erwerbsarten in Betracht zu ziehen sein. Was speciell die Specification betrifft, so ist bei dem Handelsgeschäft der gewerbsmäßigen Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere (Art. 272 Z. 1) von vornherein entweder der Besteller Eigenthümer des Stoffes oder der Verarbeiter; in ersterem Falle wird auch der Besteller Eigenthümer der verarbeiteten Sache, in letzterem Falle bleibt es der Verarbeiter.[8]) Von den derivativen Erwerbsarten kommt der Uebergang durch Verfügung auf Todesfall oder durch gesetzliche Erbfolge nicht in Betracht.[9]) Wohl aber verdient besondere Beachtung der Fall der Eigenthumsübertragung durch Tradition.[10]) Wohl kann auch hier im Allgemeinen auf die bezüglichen Vorschriften des Civilrechtes verwiesen werden[11]); wohl ist auch hier die Uebergabe der Sache und die Willensübereinstimmung zwischen Tradent und Empfänger rücksichtlich des Eigenthumsüberganges erforderlich; wohl kann auch hier die Tradition wie im Civilrechte eine nur symbolische sein, weßhalb auch, wie dies oben (§. 93) bereits erwähnt wurde, Eigenthum durch Waaren- oder Dispositionspapiere übertragen werden kann; aber das bereits oben betonte Princip von Treue und Glaube erheischt hier einzelne Besonderheiten. Je schneller und formloser der Verkehr vor sich geht, und je geringere Vorsicht dabei aufgewendet werden kann, je weniger der Erwerber einer Sache die Möglichkeit hat, die rechtmäßige Provenienz der zu erwerbenden Sache zu prüfen, desto mehr muß der Erwerber,

3) Siehe oben §. 89, I.

4) §§. 353 ff. a. b. G. B.

5) Siehe unten Note 12.

6) Goldschmidt, H. R. II. §. 78; Endemann in Hdb. II. §. 172.

7) Daß Fruchtziehung keine Anschaffung im Sinne des H. G. B. ist, s. unten §. 117.

8) Goldschmidt, H. R. II. §. 78; Endemann, Hdb. II. §. 172; Gareis, H. R. §. 51.

9) Endemann, Hdb. II. §. 172.

10) Goldschmidt, Hdb. II. §. 79 Note *, woselbst reiche Literaturangaben; Endemann in Hdb. II. §§. 173, 174.

11) A. b. G. B. §§. 423 ff. — Vgl. insbes. Exner, Rechtserwerb durch Tradition.

welcher auf sein Vertrauen zum Tradenten angewiesen ist, sich auf die Rechtmäßigkeit solches Erwerbes verlassen können und gegen die Klage des Eigenthümers oder eines sonstigen dinglich Berechtigten geschützt sein. Diesem Grundsatze entsprechen die Bestimmungen des H. G. B. in Art. 306 und 307.[12]) Art. 306 läßt unter bestimmten Voraussetzungen den redlichen Erwerber auch dann Eigenthümer werden, wenn sein Vormann nicht Eigenthümer war, und macht diesfalls früher begründetes Eigenthum oder früher begründetes dem Erwerber zur Zeit des Erwerbes unbekanntes Pfandrecht oder sonstige dingliche Rechte, sofern diese dem Erwerber zur Zeit des Erwerbes unbekannt waren, erlöschen. Vorausgesetzt wird jedoch eine thatsächliche körperliche Uebergabe von Waaren oder anderen beweglichen Sachen auf Grund einer Veräußerung oder auch ohne vorausgegangenes Veräußerungsgeschäft, wenn die Uebergabe selbst Veräußerung ist, durch einen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes. Es genügt daher nicht ein bloßes constitutum possessorium und bloße symbolische Tradition, wohl aber die Uebergabe des über die Sache ausgestellten Conossamentes[13]) oder sonstigen Waarenpapieres. Ausdrücklich versagt Art. 306 diese Wirkung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren. Art. 307 aber dehnt die Vorschrift des Art. 306 auf Inhaberpapiere (nicht auch auf Namenpapiere)[14] aus u. z. auch für den Fall, daß ihre Veräußerung nicht von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes geschehen ist, und selbst für den Fall, daß die Papiere gestohlen oder verloren waren.

Nach Art. 308 H. G. B. bilden die Vorschriften der Art. 306 und 307 nur das Minimum der Begünstigung des redlichen Erwerbers von Waaren oder beweglichen Sachen unter obigen Voraussetzungen. Die dem redlichen Erwerber günstigeren Bestimmungen der Landesgesetze bleiben aufrecht.[15]) Hiebei kommt es nur darauf an, welches Recht im einzelnen Falle, nicht welches Recht überhaupt principiell günstiger ist.[16]) Deshalb gilt in Oesterreich die Vorschrift des Art. 306 auch dann, wenn die Veräußerung von einem Kaufmann außerhalb seines Handelsbetriebes oder von einem Nichtkaufmann u. z. entweder in öffentlicher Versteigerung oder durch einen hiezu befugten Gewerbsmann erfolgt, oder wenn der Erwerber die Sache von Jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger zum Gebrauche, zur Verwahrung oder sonstwie anvertraut hat (§. 367 a. b. G. B.), außer der Erwerber müßte aus dem niedrigen Preise, aus der Natur der Sache oder aus persönlichen Eigenschaften seines Vormannes, aus dessen Gewerbe oder aus andern Verhältnissen einen gegründeten Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes schöpfen (§. 368). Rücksichtlich der gestohlenen und

---

12) Ung. H. G. §§. 299, 300, bosn. §§. 317, 318.

13) Vgl. insbes. v. Hahn, Comm. II. §. 4 zu Art. 306 und ebenda Note 6; außerdem Goldschmidt, Ztschr. f. H. R. IX. S. 1 ff.; Hauser, Arch. f. D. W. R. u. H. R. XVI. S. 285 ff.

14) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 306.

15) Nicht so ung. u. bosn. H. G.

16) So v. Hahn, Comm. II. §§. 1 u. 2 zu Art. 308; Goldschmidt, H. R. II. §. 79 Note 72; Endemann in Hdb. II. §. 174; anders Thöl I. §. 234 Note 16.

verlorenen Sache gilt die Unterscheidung des H. G. B. (Art. 306) nicht für Oesterreich, da das a. b. G. B. keine Ausnahme für diesen Fall statuirt.

Nicht eine besondere oder neue Eigenthumserwerbsart des Handelsrechtes, sondern nur eine besondere äußere Form, in die sich die jeweilige civile Eigenthumserwerbsart kleidet, oder, wie es in den Berathungsprotocollen zum H.G.B.[17]) heißt, nur ein „Titel zum Eigenthumserwerbe ähnlich dem Kaufvertrage" ist die Illation[18]) in das Handelsgeschäftsvermögen. Die Illation von Gegenständen in das Eigenthum einer Handelsgesellschaft bewirkt nur dann wirklich Eigenthumsübergang, wenn allen hiezu erforderlichen Formen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes genügt wird. Es wird daher jetzt übereinstimmend anerkannt, daß zur Illation von Immobilien in das Gesellschaftsvermögen dort, wo das Grundbuchsystem eingeführt ist — sohin auch in Oesterreich — Auflassung an die Gesellschaftsfirma bzw. Intabulation im Einvernehmen mit dem bisherigen bücherlichen Eigenthümer nothwendig ist[19]), so daß nie die Illation des Immobile als solche Eigenthumsübergang bewirkt und es auch, wie Laband[20]) sagt, „ganz unerheblich" ist, „ob das Grundstück „„eingebracht"" oder aus einem anderen Grunde der Firma übertragen worden ist." Ebenso wird auf Grund einer Eintragung der eingebrachten Immobilien in das Inventar der Handelsgesellschaft (Art. 91 Abs. 2) die Illation nur dann ohne Vorweis einer andern Urkunde als des Inventars in das Grundbuch eingetragen werden können, wenn das Inventar seiner Form nach den landesgesetzlichen Formvorschriften rücksichtlich der Intabulation entspricht.[21]) Auch bei Einbringung von Mobilien hängt es von der Erfüllung der Vorschriften des Civilrechtes ab, ob sie durch die Illation in das Eigenthum der Gesellschaft übertragen werden oder nicht.

Als besondere Verlustart ist hier noch die Confiscation hervorzuheben, die theils wegen Zoll- oder Steuerdefraudationen, theils wegen Nachdruck oder im Sinne des Preßgesetzes erfolgen kann.

§. 95.

D. Das Pfandrecht.[1])

a) Allgemeines.

I. Wenn auch der gesammte Handelsverkehr in erster Linie auf Treue und Glauben, auf gegenseitigem Vertrauen beruht, so bedarf es in vielen

17) Prot. S. 176.
18) Siehe oben §. 48, II.
19) Laband in Ztschr. f. H. R. XXXI. S. 33 f., bes. Note 48.
20) A. a. O. S. 34.
21) Anschütz-Völderndorff, Comm. II. S. 130; vgl. hiezu §§. 321, 350, 431, 432, 444, 1499 a. b. G. B. und §§. 32 lit. b u. 33 Grundbuchgeſ.
1) Vgl. außer den Pandectenlehrbüchern und den Lehrbüchern des deutschen und des östr. Privatrechtes und den Comm. zum öst. a. b. G. B. noch insbesondere Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechtes; Goldschmidt, H. R. §§. 83 ff., wo in §. 84 Note * reiche Literaturangaben verzeichnet sind; Endemann im Hdb. II. §§. 175 ff.; Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 225 ff., 425 ff.; Heusler, Instit. des deutschen Privatrechtes II. S. 201; Mandry, a. a. O. S. 2; Meili, Das Pfand- u. Concursrecht der Eisenbahnen (1879); Koch, Vorträge und Aufsätze S. 67;

Fällen doch noch eines weiteren Sicherungsmittels auf der einen Seite, um volles Vertrauen zu gewähren, und einer festeren Stütze des persönlichen Credites auf der anderen Seite, um volles Vertrauen zu genießen. Solche Sicherungsmittel sind das Pfandrecht sowie das weiter unten zu besprechende Retentionsrecht. Zweck beider Rechtsinstitute ist Sicherung und eventuelle Deckung eines Anspruches.[2]) Wo das Vertrauen in die persönliche Zahlungsfähigkeit des Schuldners für sich allein nicht ausreicht, um Credit zu erhalten, bzw. zu gewähren, ergänzen die Sachwerthe, aus welchen der Gläubiger sich eventuell vor Anderen befriedigen kann, diesem die noch mangelnde Sicherheit. Je formloser eine solche Sicherstellung geschehen, je leichter das Pfand- bzw. Deckungsrecht bei Nichterfüllung seitens des Schuldners realisirt werden kann, je mehr der Gläubiger, der das Pfand- bzw. Deckungsobject im guten Glauben, daß der Schuldner darüber verfügen könne, als Sicherheit nahm, gegen die Ansprüche Dritter an demselben geschützt ist, desto mehr wird das Pfandrecht und das Deckungsrecht überhaupt seinen Zweck erfüllen.[3]) Diesen Grundsätzen sucht auch das H. G. B. gerecht zu werden, und seine vom sonstigen Civilrechte abweichenden Bestimmungen auf diesem Rechtsgebiete beruhen zumeist auf diesem Streben des Gesetzbuches.

II. Das H. G. B. enthält keine erschöpfende Regelung dieses Rechtsinstitutes, sondern stellt nur die für den Handelsverkehr als nothwendig erkannten Rechtssätze fest. Es kann daher auch hier im Allgemeinen, insbesondere rücksichtlich des Erwerbes und Erlöschens des Pfandrechtes, auf das bürgerliche Recht (a. b. G. B. §§. 447—471) verwiesen werden, wobei nur bemerkt wird, daß im Sinne des Art. 1 H. G. B. für das Pfandrecht im Handelsverkehre in erster Linie das Handelsrecht, soweit es Bestimmungen über das Pfandrecht enthält, dann das eventuelle Handelsgewohnheitsrecht und in dritter Linie, soweit das H. G. B. keine Bestimmungen enthält und kein Gewohnheitsrecht vorliegt, das bürgerliche Recht in Anwendung kommt. Hieraus ergibt sich, daß, wenn auch das H. G. B. nur von dem Faustpfande spricht, doch auch im Handelsverkehre die bloße Hypothek an Mobilien zuläſsig und nicht etwa abgeschafft ist. Dasselbe gilt von den Pfandrechten an Immobilien, über welche das H. G. B. gleichfalls keine Bestimmungen enthält. Aber auch für das Faustpfand wollte das H. G. B. nur einige den obigen Grundsätzen entsprechende Regeln aufstellen, so insbesondere rücksichtlich der Bestellung desselben unter Kaufleuten für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften (Art. 309)[4]) und der Wirkung desselben (Art. 310 und 311)[5]), im Uebrigen aber das bürgerliche Recht unberührt lassen[5a]), ja es gestattet sogar in Art. 312 die Bestellung oder Veräußerung von

speciell für östr. Recht s. Exner, Oestr. Hypothekenrecht; Ofner, Sachenrecht §§. 52 ff.; v. Stubenrauch, H. R. §. 161. — H. G. B. Art. 309—312; ung. H. G. §§. 301—308; bosn. §§. 319—325.

2) Heusler, Instit. II. S. 201.

3) Vgl. hiezu Auerbach, H. R. I. S. 272.

4) Vgl. §§. 301—304 ung., 319 bis 322 bosn. H. G. [323, 324.

5) Vgl. ung. H. G. §§. 305, 306, bosn.

5a) Vgl. Glaser-Unger-v. Walther, Samml. civilr. Entsch. XIX. Nr. 8605.

Faustpfändern unter Kaufleuten für Forderungen aus Handelsgeschäften auf Grund und unter Beobachtung der diesbezüglich geltenden Normen des bürgerlichen Rechtes, und läßt auch den öffentlichen Pfandanstalten, Creditinstituten oder Banken die ihnen durch Gesetze, Verordnungen oder Statuten verliehenen besonderen Rechte in Betreff der Bestellung oder Veräußerung von Pfändern[6]), was aber nicht ausschließt, daß solche Institute auf ihre besonderen Rechte verzichten können.[7])

III. Indem das H. G. B. es unterläßt, eine Begriffsbestimmung des Pfandrechtes zu geben, setzt es dessen civilrechtlichen Begriff voraus, der allerdings nicht unbestritten ist. Das österreich. allgem. bürgerl. Gesetzbuch faßt das Pfandrecht als ein dingliches Recht des Gläubigers auf, behufs Befriedigung seiner Forderung ein fremdes Vermögensrecht (Eigenthum oder sonstiges Recht) in Anspruch zu nehmen und sich nöthigenfalls durch dessen Verwerthung, ohne Rücksicht darauf, ob es zum Vermögen des Schuldners gehört oder nicht, bezahlt zu machen (§. 447 a. b. G. B.).[8]) Das Pfandrecht ist sohin noch nicht das definitive Verfügungsrecht über eine Sache, oder über ein Recht, sondern es gibt nur dem Pfandgläubiger die Möglichkeit, die creditirte Leistung ihrem Werthe nach durch den Werth, den das verpfändete Object in sich enthält, zu decken.[9]) Es ist aber nicht bloß eine accessorische Qualification der zu deckenden Forderung, sondern ein selbständiges Recht, u. z. auch ein absolutes Recht, das gegen Jedermann geltend gemacht werden kann.[10]) Daß auch das Handelsrecht dieselben Arten des Pfandrechtes wie das bürgerliche Recht (§. 448 a. b. G. G.: Handpfand, Grundpfand) zuläßt, wurde bereits oben (unter II.) erwähnt. Insoweit nun im concreten Falle die vom H. G. B. in Art. 309—312 für die Bestellung und Realisirung des vertragsmäßigen Faustpfandes unter Kaufleuten für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften gegebenen Bestimmungen zur Anwendung kommen, läßt sich von einem Handels- oder kaufmännischen Faustpfande sprechen.[11]) Diese speciellen Bestimmungen des H. G. B. über das Faustpfand sollen nun im Folgenden zur Darstellung gelangen.

---

6) Die den Anstalten, welche Creditgeschäfte betreiben, zukommenden Ausnahmen von den allgemeinen Justizgesetzen sind in der Vdg. des Staats- u. Justizminist. v. 28. Oct. 1865 Nr. 110 R. G. B. enthalten und betreffen die Beweiskraft der Handelsbücher, das Verfahren zur Hereinbringung faustpfandrechtlich sichergestellter Forderungen, das Retentionsrecht, die Einbringung von Hypothekenforderungen, den Zinsfuß und die Amortisirung der Actien, Interimsscheine, Pfandbriefe, Schuldverschreibungen oder Partialien, welche Theile des Anlehens bilden, der Dividenden und Zinsenscheine, der Anweisungen auf dieselben (Talons), abgedruckt in der Manz'schen Ges.-Slg. Bd. XI. 1. Th. bei Art. 312 H. G. B. mit Ausnahme von Art. 4 dieses Gesetzes, welcher in der 2. Abth. des VI. Bandes dieser Sammlung bei §§. 320, 323, 326, 395 allg. Ger. O. und §. 1 der Justizmin. Vdg. v. 18. Juli 1859 Nr. 130 R. G. B. betr. den Mandatsproceß abgedruckt ist.

7) Endemann, H. R. §. 76 Note 44, im Hdb. II. §. 175.

8) v. Stubenrauch, Comm. (4. Aufl.) zu §. 447, woselbst bezügliche Literaturangaben.

9) Endemann im Hdb. II. S. 65.

10) v. Stubenrauch, Comm. a. a. O.

11) Endemann, Hdb. II. S. 66 Note 12.

§. 96.

b) Das kaufmännische Mobiliarpfandrecht insbesondere.[1])

I. Die Voraussetzungen des sog. kaufmännischen Faustpfandrechts sind verschieden, je nach seiner Entstehung durch Vertrag (vertragsmäßiges, conventionelles Pfandrecht) oder kraft gesetzlicher Vorschrift (gesetzliches Pfandrecht). Das vertragsmäßige Pfandrecht hat nach Art. 309 H. G. B. zur Voraussetzung, daß es 1. unter Kaufleuten, 2. für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften bestellt werde[2]) und daß 3. der Gegenstand der Verpfändung eine bewegliche Sache sei. Es müssen sowohl Pfandgeber als Pfandnehmer Kaufleute sein.[3]) Hiedurch ist in der Regel auch die zweite Voraussetzung gegeben, daß nämlich das Handelsgeschäft, aus welchem die Forderung entspringt, ein beiderseitiges sein soll; allein es kann doch wohl auch vorkommen, daß unter Kaufleuten ein Faustpfand für eine Forderung aus einem Geschäfte, das nur für den einen oder den anderen der beiden Contrahenten Handelsgeschäft ist, bestellt wird[4]); für dieses gelten jedoch nicht die Bestimmungen des H. G. B., sondern jene des bürgerlichen Rechtes. Die Pfandbestellung für fremde Schuld umfaßt Art. 309 nicht[5]), u. z. weder den Fall, wenn ein Dritter für den Kaufmann, noch jenen, wenn ein Kaufmann einem anderen Kaufmanne für einen Dritten ein Pfand bestellt. Gegenstand der Verpfändung können sein Mobilien, Inhaberpapiere und indossable (d. i. durch Indossament übertragbare) Papiere (Ordrepapiere); also nur körperliche, besitzfähige Sachen, nicht Forderungen.[6]) Namenpapiere aber und Schuldurkunden sind nicht ausgeschlossen[7]), wenn sie auch im Gesetze nicht ausdrücklich angeführt sind.

Verschieden von den Voraussetzungen des vertragsmäßigen (conventionellen) Pfandrechtes sind jene des gesetzlichen d. i. des ex lege entstehenden Pfandrechtes. Solche gesetzliche Pfandrechte räumt das H. G. B. dem Commissionär am Commissionsgute (Art. 374), dem Spediteur am Speditionsgute (Art. 382) und dem Frachtführer an dem Frachtgute (Art. 409, 410) ein.[8]) Voraussetzung ist bei allen diesen eine Forderung aus dem in Betracht kommenden Geschäfte (Commission, Spedition, Frachtvertrag) selbst, wie z. B. Provision, Vorschüsse, Auslagen u. ä., sowie daß

1) Außer den Comm. z. H. G. B. u. den Lehr- u. Handbüchern des H. R. vgl. noch Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 225 ff.; Dernburg, Preuß. Pr. R. I. §. 364; Unger, Handeln auf eigene Gefahr (2. Aufl.) S. 124 ff.; Rechtsquellen s. §. 95 Note 1.

2) Nach ung. H. G. (§§. 301—303) und bosn. H. G. (§§. 319—321) bestehen diese beiden Voraussetzungen nicht. Beide Gesetze aber statuiren ein Pfandrecht an Forderungen auf Grund von Handelsbüchern, wobei nebst der Vereinbarung über die Verpfändung noch die Uebergabe eines Buchauszuges und die Anerkennung der Verpfändung im Handelsbuche erforderlich ist (§. 304 ung., §. 322 bosn. H. G.).

3) Obst. G. bei Adler-Clemens, III. Nr. 451. [S. 230.

4) Laband in Ztschr. f. H. R. IX.

5) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 309; Laband a. a. O.

6) Vgl. R. G. V. S. 189, X. S. 40, XVII. S. 58.

7) R. O. G. H. IX. S. 243, XVIII. S. 21.

8) Vgl. ung. H. G. §§. 379, 388, 411, 412; bosn. §§. 392, 401, 424, 425.

das Pfandobject auf Grund eben dieses Geschäftes selbst in die Hände des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers gekommen ist. Für den Commissionär und Spediteur ist auch noch Detention des Commissions- bezw. Speditionsgutes und die Möglichkeit über dasselbe, unmittelbar oder mittelbar (durch Conossament, Lagerschein u. s. w.) zu verfügen, Voraussetzung, während das Pfandrecht des Frachtführers auch noch nach Ablieferung besteht, wenn es binnen drei Tagen nach derselben geltend gemacht wird, und das Gut sich noch im Besitze des Empfängers oder desjenigen befindet, der unmittelbar vom Empfänger den Besitz erworben hat (Art. 409). Der Zwischenspediteur übt die Pfandrechte des Spediteurs aus (Art. 382), und das Pfandrecht des Frachtführers bleibt auch aufrecht, wenn das Gut durch die Hände mehrerer Frachtführer geht, und währt für die Vormänner solange wie für den letzten Frachtführer (Art. 410). Daß der Pfandgeber Kaufmann sei, ist bei den drei gesetzlichen Pfandrechten nicht erforderlich.

II. Das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers bedarf keiner Bestellung, denn es entsteht kraft gesetzlicher Bestimmung von selbst. Rücksichtlich der Bestellung des vertragsmäßigen Faustpfandrechtes[8a]) unterscheidet das Gesetz, ob das Pfandobject in beweglichen Sachen und Inhaberpapieren, oder ob es in indossablen Papieren besteht. In ersterem Falle erfolgt die Bestellung des Pfandrechtes (— abgesehen von der hiezu schon begrifflich erforderlichen diesbezüglichen Vereinbarung —) durch die Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes, ohne daß die Beobachtung der landesrechtlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten erforderlich wäre. Da das österreichische Recht zur Erwerbung des Pfandrechtes an Mobilien außer Titel und körperlicher Uebergabe der verpfändeten Sache keine weiteren Förmlichkeiten verlangt (§§. 451, 452, 1368 a. b. G. B.), so trat rücksichtlich der Verpfändung beweglicher Sachen für das österreichische Recht durch die Bestimmung des Art. 309 Abs. 2 Z. 1 eine Aenderung nicht ein. Wohl aber unterscheidet sich die Verpfändung indossabler Papiere nach Handelsrecht von jener nach sonstigem Civilrechte. Mangels specieller Vorschriften des a. b. G. B. erfolgt die Verpfändung indossabler Papiere nach österreich. bürgerlichen Rechte wie die aller Mobilien durch einfache Uebertragung des Besitzes, d. i. durch Uebergabe des Papieres; das H. G. B. aber verlangt außer der Uebergabe des Papieres auch noch die Indossirung desselben durch den Pfandgeber an den Pfandnehmer; denn nach Art. 310 Abs. 2 Z. 2 H. G. B. soll das „indossirte" Papier übergeben werden.[9]) Hiedurch ist der Pfandnehmer in der Lage, in gegebenem Falle über das

8a) Eine Faustpfandbestellung, die auf Seite eines der Contrahenten oder beider Handelsgeschäft ist, erfordert neben der Erfüllung der civilrechtl. Voraussetzung der Besitzübertragung nur einen formlosen Pfandvertrag (Hagemann in Gruchot's Beitr. XXVI. S. 779 ff.).

9) Ein entgegengesetzter Antrag in der Codificationscommission wurde abgelehnt (Prot. S. 1334).

ihm verpfändete Papier zu verfügen, ohne daß es hiezu erst der nach bürgerlichem Rechte vorgeschriebenen gerichtlichen Einantwortung bedarf.

An die schriftliche Vereinbarung und Bestellung des Mobiliarpfandrechtes knüpft das H. G. B. (Art. 310, 311) besondere Vortheile für den Pfandgläubiger, von welchen noch im Folgenden die Rede sein wird.

III. Umfang und Wirkung des Pfandrechtes sind nach allgemeinem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen, nur in Betreff der Ausübung des kaufmännischen schriftlich bestellten Mobiliarpfandrechtes, soweit sie durch Verkauf des Pfandobjectes erfolgt, hat das H. G. B. in Art. 310 und 311 besondere Regeln aufgestellt, wodurch dem Pfandgläubiger eine schleunigere Realisirung seines Pfandrechtes ermöglicht ist, ohne daß er aber hiedurch behindert wäre, sich der im bürgerlichen Rechte (§§. 298 ff.; 461 a. b. G. B.) vorgesehenen Art der Pfandrealisirung zu bedienen (Art. 312 Abs. 2). Nach öst. bürg. Rechte ist aber dem nicht befriedigten Pfandgläubiger nur die Befugniß eingeräumt, die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen (§. 461 a. b. G. B.), wobei das Gericht nach den Vorschriften der Gerichtsordnung (§§. 298 ff. allg. Ger. O.) vorzugehen hat. Die Veräußerung kann wie jede Execution nur auf Grund eines den Schuldner verurtheilenden Erkenntnisses bewilligt (§. 298 a. G. O.) und nur im Wege der gerichtlichen Feilbietung vollzogen werden (§§. 331 u. ff. a. G. O.). Diese Bestimmungen können innerhalb des Anwendungsgebietes des allg. bürgerlichen Rechtes durch keinerlei Verabredung der Parteien abgeändert werden. Nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 1371 a. b. G. B. sind Verabredungen, daß das Pfandstück nach der Verfallszeit der Schuldforderung dem Gläubiger zufallen solle, daß dieser es dann nach Willkür oder um einen schon im voraus bestimmten Preis veräußern oder für sich behalten könne, ungiltig. — Anders nach Handelsrecht. Für den Fall schriftlicher Bestellung des vertragsmäßigen kaufmännischen Mobiliarfaustpfandes gewährt Art. 310 dem Pfandgläubiger das Recht des Verkaufes des Pfandobjectes nach eingeholter gerichtlicher Bewilligung, und Art. 311 gestattet dem Pfandgeber und -nehmer sogar die Vereinbarung des Pfandverkaufes ohne gerichtliches Verfahren.

1. In ersterem Falle hat sich der Pfandgläubiger unter Bescheinigung des Vorhandenseins der nach Obigem hiezu erforderlichen Voraussetzungen (schriftliche Bestellung des Faustpfandes, Kaufmannseigenschaft des Pfandgebers und -nehmers, Forderung aus beiderseitigem Handelsgeschäfte) sowie der weiteren Voraussetzungen, daß ihm der Besitz des Pfandobjectes übertragen worden, daß sein Besitz oder mindestens sein Verfügungsrecht über dasselbe noch fortbesteht, und daß der Schuldner sich in Verzug befindet, an das für ihn zuständige Handelsgericht oder mit der Handelsgerichtsbarkeit betraute Gericht mit dem Begehren zu wenden, sich aus dem Pfande sofort bezahlt machen zu dürfen. Dieses Ansuchen kann mittels eines schriftlichen Gesuches geschehen oder auch mündlich bei Gericht zu Protocoll gegeben werden.[10]) Das Gericht prüft sodann das Ansuchen des Pfandgläubigers

10) Prot. S. 482.

auf Grund der vorgelegten Bescheinigungsmittel (Correspondenzen, Auszüge aus den eigenen Handlungsbüchern u. ä.) ohne vorläufige Vernehmung des Schuldners.[11]) Erkennt das Gericht das Ansuchen für begründet, so hat es nach eigenem Ermessen den Verkauf der verpfändeten Gegenstände oder eines ihm ausreichend scheinenden Theiles derselben auf Gefahr des Gläubigers anzuordnen. Von der Bewilligung des Verkaufes hat der Gläubiger den Schuldner bezw. wenn dieser sich im Concurse befindet, den Masseverwalter (§. 44 Einf. Ges.), soweit es thunlich ist, sofort zu benachrichtigen. Die Unterlassung der Anzeige macht den Pfandgläubiger eventuell schadenersatzpflichtig, hindert jedoch den Verkauf nicht[12]) (Art. 310). Erscheinen die vorgelegten Beweismittel dem Gerichte als ungenügend, so kann es vom Gesuchsteller deren Vervollständigung fordern oder diesen mit seinem Begehren auch ganz abweisen; letzteres muß geschehen, wenn das Gericht aus den vorgelegten Beweismitteln die Ueberzeugung gewinnt, daß die nach Art. 310 zum Pfandverkaufe erforderlichen Voraussetzungen gänzlich fehlen. Nicht zulässig ist aber eine Vorladung des Schuldners von Amtswegen, daher auch nicht zum Zweck der Prüfung bezw. Ergänzung oder Entkräftung der Beweismittel, und ebensowenig eine Verweisung des Gesuchstellers auf den ordentlichen Proceß.[13]) Gegen das gerichtliche Erkenntniß ist der Recurs offen, vor dessen Erledigung der Verkauf des Pfandobjectes nicht vollzogen werden darf.

Das Gesetz bestimmt nicht die Art des zu bewirkenden Verkaufes. Dieser kann daher nach Art. 310 sowohl ein öffentlicher (d. i. ein durch hiezu befugte Beamte, wie amtliche Mäkler, Gerichtsvollzieher u. s. w. oder hiezu concessionirte Personen bewirkter)[14]) als ein freihändiger sein.[15]) Beim öffentlichen Verkaufe kann der Gläubiger mitbieten und als Käufer auftreten[16]); nicht so im zweiten Falle: denn sonst läge ein Verkauf nicht vor.[17]) Es ist dem Ermessen des Gerichtes anheim gestellt, welche Art des Verkaufes im concreten Falle anzuordnen wäre. Für den freihändigen Verkauf bestehen — abgesehen von den Regeln des allgemeinen bürgerlichen Rechtes für den Kauf überhaupt (§§. 1053 u. ff. a. b. G. B.) — keine Formvorschriften. Ordnet aber das Gericht nach Art. 310 den öffentlichen[18]) Verkauf des Pfandobjectes an, so hat es nach §. 47 des österr. Einf. Ges. z. H. G. B. einen einzigen Feilbietungstermin festzusetzen und in der für executive Versteigerungen üblichen Weise kundzumachen (§. 347 a. G. O. im Zusammenhang mit §. 329; vgl. §§. 458, 460, 437 der gal., §§. 447 und 426 der ital., 457, 336 der tir. G. O.). Eine Schätzung

11) Der Pfandgläubiger kann die Anordnung einer Tagsatzung behufs Einvernahme des Schuldners verlangen, aber das Gericht ist ex offo zur Vorladung des letzteren nicht berechtigt (Brix, Comm. Nr. 2 zu Art. 310).

12) Prot. S. 1337.

13) Protocolle S. 1336.

14) Staub, Comm. §. 4 zu Art. 311; R. O. H. G. VIII. S. 262, XIV. S. 330 ff., XIX. S. 91, XX. S. 23; R. G. V. S. 96; Prot. S. 624 ff., 1450 ff.

15) R. O. H. G. XIV. S. 29; Endemann im Hdb. II. §. 178.

16) Staub, Comm. §. 9 zu Art. 310, §. 4 zu Art. 311; Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 266.

17) Puchelt, Comm. II. Nr. 4 zu Art. 310.

18) Anders v. Stubenrauch, H. R. §. 161 und Brix, Comm. zu Art. 310.

hat der Commissär vor dem Verkaufe nur dann zu veranlassen, wenn die zu verkaufenden Gegenstände weder einen Börsepreis oder Marktpreis haben, noch auch in Privatschuldurkunden bestehen, und wenn zugleich beide Theile darüber einig sind, daß die Schätzung stattfinde, oder eine der Parteien die Vornahme der Schätzung auf ihre Kosten verlangt (§. 47 Einf. Ges.). Es liegt im Sinne des Art. 310, wonach der Pfandgläubiger sich durch den Verkauf des Pfandes bezahlt machen soll, daß er sich aus dem Erlöse befriedigen kann[19]), den Mehrerlös aber dem Schuldner bezw. der Concursmasse (§. 45 Einf. Ges.) herauszugeben habe, sowie auch andererseits seine Forderung in der Höhe des nicht gedeckten Ausfalles aufrecht bleibt und auch bei der Concursmasse des Schuldners in ihrem ganzen Betrage angemeldet werden kann (§§. 45 und 31 Einf. Ges.). Von dem geschehenen Verkaufe ist der Schuldner bezw. dessen Concursmasseverwalter von dem Gläubiger zu verständigen (Art. 310 H. G. B., §. 44 Abs. 2 Einf. Ges.).

Das hier rücksichtlich der Befriedigung des Pfandgläubigers im Falle schriftlich erfolgter Bestellung eines kaufmännischen Mobiliarfaustpfandrechtes (Art. 310) Gesagte gilt auch für die Befriedigung des Commissionärs und Spediteurs aus ihrem gesetzlichen Pfandrechte.

2. Wenn im Falle der schriftlich erfolgten Bestellung eines kaufmännischen Mobiliarfaustpfandrechtes auch noch schriftlich vereinbart wurde[20]), daß der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren sich aus dem Pfande befriedigen könne, so darf dieser nach Art. 311, wenn der Schuldner im Verzuge ist, das Pfandobject öffentlich verkaufen lassen, ohne vorher die Einwilligung des Gerichtes hiezu einholen zu müssen, und wenn die verpfändeten Sachen einen Börse- oder Marktpreis haben, so darf er sogar den Verkauf auch nicht-öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise bewirken. Ueber Ort und Zeit des Verkaufes entscheidet die etwa diesbezüglich getroffene Vereinbarung[21]); in Ermangelung einer solchen aber ist, wenn das Pfand sich am Wohnorte des Gläubigers befindet, der Verkauf dortselbst, sonst am Orte der Lagerung zu bewirken.[22]) Nur aus triftigen, nicht im einseitigen Interesse des Gläubigers, sondern auch im Interesse des Schuldners gelegenen Gründen kann der Gläubiger hievon abgehen.[23]) Die Zeit des Verkaufes aber ist mangels einer diesbezüglichen Vereinbarung dem Ermessen des Gläubigers überlassen; und er ist nicht gezwungen, sofort nach Eintritt des Verzuges des Schuldners das Pfand zu verkaufen, weil etwa die Conjunctur dem Schuldner günstig ist.[24]) Von dem vollzogenen, nicht auch schon von dem erst bevorstehenden Verkaufe hat auch in diesem Falle der Gläubiger

---

19) Prot. S. 475.

20) Aber nicht gerade in förmlicher Vertragsurkunde (Prot. S. 1338).

21) Puchelt zu Art. 311.

22) Prot. S. 491 f.

23) Vgl. hiezu Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 277; v. Hahn, Comm. II. §. 4 zu Art. 311; Goldschmidt, H. R. §. 90 Note 51; Lamprecht in Busch's Arch. f. H. u. W. R. XXVI. S. 67; Endemann im Hdb. II. §. 178; Staub, Comm. §. 7 zu Art. 311.

24) R. G. I. S. 305; Staub, Comm. §. 8 zu Art. 311.

den Schuldner, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen, widrigenfalls er für den Schaden verantwortlich wird (Art. 311).

3. Specielle Bestimmungen gibt das H. G. B. rücksichtlich der Befriedigung des Frachtführers aus seinem gesetzlichen Pfande (Art. 409 Abs. 2).[25])

IV. Das Recht aus dem kaufmännischen Faustpfande sowie das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers können nach §. 44 Einf. Ges. im Falle des Concurses in eben derselben Weise und mit derselben Wirkung wie außerhalb desselben gegen den Schuldner geltend gemacht werden. Ueber die Stellung dieser Pfandgläubiger im Concurse enthält weder das H. G. B. noch das Einf. Ges. eine Bestimmung, weßhalb ihnen die gleiche Stellung mit den sonstigen Pfandgläubigern zukommt (vgl. §§. 26—41 Conc. Ordg.). Nur betreff der Rangordnung der im H. G. B. gewährten gesetzlichen Pfandrechte enthält Art. 411 die Bestimmung, daß die Pfandrechte für Forderungen aus der Versendung oder dem Transport des Gutes, die unter einander nach ihrer Priorität rangiren, den Pfandrechten des Commissionärs und Spediteurs für geleistete Vorschüsse, die unter einander gleichfalls wieder nach ihrer Priorität rangiren, vorangehen, was auch im Concurse zu gelten hat.

§. 97.

E. Das Retentionsrecht.[1])

a) Im Allgemeinen.

I. Dem Pfandrechte in seinen Wirkungen und seiner Ausübung ähnlich, aber seinem Wesen nach von diesem verschieden ist das sog. Zurückbehaltungs- oder Retentionsrecht. In weiterem Sinne erscheint es als das Recht, eine schuldige Leistung wegen Anspruches auf eine Leistung von der anderen Seite einstweilen vorzuenthalten.[2]) Zunächst trifft dies bei zweiseitigen Rechtsgeschäften zu. Hier müssen die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug geschehen, weßhalb einem Contrahenten, der, ohne selbst erfüllt zu haben, den anderen Contrahenten auf Erfüllung klagt, von diesem die exceptio non adimpleti contractus entgegengesetzt werden kann. In diesem Sinne gibt es, wie nach gemeinem, so auch nach österreichischem bürgerlichen Rechte ein Retentionsrecht.[3]) So kann z. B. nach §. 1062 a. b. G. B. der Verkäufer dem Käufer die Uebergabe der Sache vor Zahlung des Kaufpreises verweigern und verlangen, daß beide Leistungen

---

25) Siehe unten §. 144 Z. 6.

1) Außer den Lehr- und Handbüchern des Handelsrechtes und den Commentaren zum H. G. B. vgl. insbes. Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 482 ff.; Wolff in Busch's Arch. III. S. 251 ff.; Korn, Das kaufmännische Retentionsrecht (Diss., Tübgn. 1881); Geller im östr. Centralbl. f. jurist. Praxis I. 8 ff.; Sträuli, Das Retentionsrecht (Diss., Winterthur 1885); Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht (1886); Reinhold, Das allg. u. das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, insbes. sein Grund und sein Wesen (1889). Vgl. zum Begriffe des Ret.-R. auch Hahn in Gruchot's Beitr. XXX. S. 380 ff. — Rechtsquellen H. G. B. Art. 313—316; ung. H. G. §. 309, 310; bosn. §§. 326, 327.

2) Unger, östr. Pr. R. II. §. 125 Note 17.

3) Unger a. a. O.

(Uebergabe des Kaufgegenstandes und Zahlung des Preises) Zug um Zug zu geschehen haben; so kann nach §. 1052 a. b. G. B. beim Tauschvertrage nur derjenige auf die Uebergabe seitens des anderen Theiles dringen, welcher seine Verbindlichkeit selbst erfüllt hat oder doch zu erfüllen bereit ist; so ist auch nach §. 980 a. b. G. B. der Entlehner, der für ein verlorenes Lehnstück den Werth erlegt hat, dieses im Falle des Wiederauffindens nur gegen Rückerstattung des Werthes an den Eigenthümer rückzustellen verpflichtet; so ist endlich auch der Finder nach §. 392 a. b. G. B. berechtigt, bei Rückstellung des Fundgegenstandes an den Eigenthümer die etwa aufgelaufenen Kosten und den Finderlohn in Abzug zu bringen.

Inhalt und Umfang des Retentionsrechtes in diesem weiteren Sinne, bei Leistungen Zug um Zug, bestimmt sich im concreten Falle nach dem gesetzlichen Inhalt des Rechtsgeschäftes oder nach dem Vertrage, wodurch der Inhaber der fremden Sache zu deren Innehabung gelangt war.

II. In einem engeren Sinne aber ist das Retentionsrecht das dem Besitzer einer fremden körperlichen Sache eingeräumte Recht, deren Herausgabe zu verweigern, so lange nicht für die damit in Verbindung stehenden (connexen) Gegenansprüche Befriedigung angeboten wird.[4]) Gemeinrechtlich ist dieses Recht zweifellos anerkannt[5]); nach österreichischem Rechte aber gibt es ein solches gesetzliches Retentionsrecht nicht, wohl aber ist es zulässig, daß vertragsmäßig ein solches Retentionsrecht eingeräumt werde[6]); denn §. 334 a. b. G. B. verweist rücksichtlich der Frage, ob dem redlichen Inhaber einer fremden Sache das Recht zustehe, seiner Forderung wegen die Sache zurückzubehalten, auf das Hauptstück vom Pfandrechte. Der einschlägige §. 471 a. b. G. B. aber bestimmt, daß weder der Pfandnehmer noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechtes befugt ist, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurückzubehalten, daß er jedoch, wenn die in der Gerichtsordnung bestimmten Erfordernisse eintreten, und die Sache beweglich ist, diese in gerichtliche Verwahrung geben, oder wenn sie unbeweglich ist, die Sequestration derselben ansuchen kann, welche Gesetzesstelle sich gegen die Bestimmung des gemeinen Rechtes wendet, wonach dem Pfandgläubiger das Recht zusteht, dem Schuldner, der nach erfolgter Tilgung der Schuld die Herausgabe des Pfandes fordert, wegen einer sonstigen, sogar nicht connexen Forderung die exceptio doli entgegenzusetzen (l. un. Cod. 8, 27), sowie gegen den im §. 250 des II. Theiles des westgaliz. bürg. Gesetzbuches, des Urentwurfes das a. b. G. B., zum Ausdruck gebrachten Rechtssatz, daß der Pfandnehmer zwar in der Regel verbunden ist, dem Pfandgeber nach getilgter Schuld die verpfändete Sache zurückzustellen, jedoch

---

4) Unger a. a. O.

5) Vgl. Glück, Erläuterungen zu Pand. XV. §. 936; Schenk, Die Lehre vom Retentionsrecht S. 36; Luden, Retentionsrecht §. 3; Lenz in Weiske's Rechtslexikon IX. S. 377 ff.; Arndt's Pandekten §. 102; Unger a. a. O.; Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrechte nach gemeinem Rechte, insbes. §§. 5 bis 14. — Ausgeschlossen ist dieses Recht beim Depositum (l. 11. C. depos. 4. 34), es wäre denn vertragsmäßig eingeräumt.

6) Unger a. a. O.

wenn nicht das Pfandrecht ausdrücklich auf bestimmte Zeit eingeschränkt war (§. 251 ebenda) und nicht das bessere Recht eines Dritten hiedurch verletzt wurde oder Concurs ausgebrochen war (§. 252 ebenda), ein Zurückbehaltungsrecht und ein neues verhältnißmäßiges Pfandrecht auf eben diese Sache habe, wenn er es auf eine andere richtige und schon verfallene Forderung gründen kann, und daß eben dieses Recht unter gleichen Umständen jedem anderen redlichen Besitzer zustehe, ausgenommen dem Entlehner (III. §. 81), Verwahrer (III. §. 135) und Bestandgeber (III. §. 234), und sohin indirect nur das oben (unter I) besprochene Zurückbehaltungsrecht des Pfandnehmers oder des sonstigen redlichen Inhabers einer fremden Sache wegen vertragsmäßiger Gegenansprüche vor deren Erlöschen anerkennt.[7])

III. Das beschränkte Retentionsrecht des gemeinen bezw. des öster. bürgerl. Rechtes genügte aber nicht dem Handelsverkehre, der im Interesse des Credites vor Allem die Möglichkeit prompter Deckung und Befriedigung des Gläubigers durch die Mittel des Schuldners erheischte.[8]) Im Handelsverkehre konnte dasselbe nicht auf connexe Forderungen beschränkt bleiben, ja es wurde auf umfassende Schuld- oder Geschäftsverhältnisse ausgedehnt und unter Kaufleuten als ipso iure bestehend angenommen, in seiner Wirkung aber erheblich verstärkt, indem dem Retinenten die Befugniß beigelegt wurde, sich unmittelbar aus den retinirten Sachen oder Werthen des Schuldners zu befriedigen.[9]) So hat sich, obwohl demselben Grundgedanken wie das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechtes entspringend und auf denselben Grundlagen fußend[10]), im Handelsverkehr doch ein eigenartiges, nur für den Verkehr zwischen Kaufleuten in beiderseitigen Handelsgeschäften bestimmtes und gerechtfertigtes Recht[11]) entwickelt, das sog. kaufmännische Retentionsrecht, von dem Zurückbehaltungsrechte des sonstigen bürgerlichen Rechtes sowie auch vom Pfandrechte, so sehr es sich diesem letzteren auch nähert, doch wesentlich verschieden.[12]) Hiedurch wurde aber das etwaige Retentionsrecht des bürgerlichen Rechtes für das Gebiet des Handelsverkehres keineswegs verdrängt und aufgehoben, sondern, soweit überhaupt bürgerliches Recht im Handelsverkehre Anwendung findet, und soweit Parteiwille es anordnet, blieb dieses auch im Handelsverkehre aufrecht. Nur neben dem gemein- bzw. particularrechtlichen Zurückbehaltungsrechte schuf das Handelsrecht ein stärkeres und zu rascher Befriedigung des Gläubigers brauchbareres Retentionsrecht unter Kaufleuten wegen aus beiderseitigen Handelsgeschäften hervorgegangener Forderungen. Doch auch nach Handelsrecht erwirbt der Gläubiger an den Gegenständen, zu deren Retention er berechtigt ist, kein dingliches Recht,

7) Die Worte des §. 471 a. b. G. B. „aus dem Grunde einer Forderung" beziehen sich auf eine von dem erloschenen Rechte des Inhabers an der Sache verschiedenen, sohin mit dem Gewahrsam der Sache nicht zusammenhängenden Anspruch (Geller a. a. O. S. 31).

8) Langfeld a. a. O. S. 158.

9) Endemann im Hdb. II. §. 182.

10) Endemann im Hdb. II. §. 182.

11) Vgl. Motive z. Entw. des bürgl. Ges. B. f. das Deutsche Reich II. S. 41.

12) R. O. H. G. II. S. 77 ff., 243; III. 158 ff.; VI. S. 198 f.

sondern nur die Befugniß, die Rückgabe derselben vor Erfüllung derjenigen Forderungen, wegen welcher er retinirt, zu verweigern.[13]) Ehe nun auf die Erörterung der Voraussetzungen, des Inhaltes und der Wirkungen dieses dem Handelsrechte eigenthümlichen Retentionsrechtes eingegangen wird, sei hier nur noch bemerkt, daß ein diesem kaufmännischen Retentionsrecht ähnliches Retentionsrecht durch Art. III der Min. Vdg. v. 28. Oct. 1865 Nr. 110 R. G. B. jenen Anstalten, welche unter Beaufsichtigung des Staates statutenmäßig Creditgeschäfte betreiben, an beweglichen Sachen und Werthpapieren ihres Schuldners, in deren Innehabung sie durch ein nach den Statuten zulässiges Geschäft gekommen sind, zugestanden ist.[14])

§. 98.

b) Das kaufmännische Retentionsrecht des H. G. B. insbesondere.[1])

I. Schon frühzeitig hatte sich in Oesterreich im Wege des Handelsgewohnheitsrechtes ein eigenartiges kaufmännisches Retentionsrecht entwickelt, das in den Art. 43 und 44 der Wechselordnung vom 1. October 1763, sowie in den W. O. von 1765 und 1775 seine Bestätigung gefunden hatte. Art. 43 der Wechselordnung vom 1. October 1763 hatte unter ausdrücklicher Berufung auf den bis dahin geltenden Kaufmannsstilus bestimmt, daß diesem gemäß ein Kaufmann, gleichgiltig ob er einheimisch oder fremd sei, wenn er von einem Dritten Effecten (z. B. als Depositum) in Händen hatte und an diesen entweder selbst oder für Andere eine noch gar nicht oder noch nicht ganz erfüllte Forderung hatte, sich aus dem, was er in Händen hatte, sowie auch aus dem, was er vor Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Schuldners an sich zu ziehen wußte, bezahlt machen konnte, „jedoch unbeschadet des einem Anderen etwa zustehenden Eigenthumes, oder ehevor hierauf geführten Sperr oder Ansaz." Und Art. 44 desselben Gesetzes bestimmte, daß „derjenige, so von einem Anderen Waaren in Commission zu verkaufen empfangen, dabei aber von demselben mit Wechsel und sonsten bezogen und belästigt worden, wegen seines Vorschusses an den empfangenen Effecten sich zahlhaft zu machen Fug und Macht haben, auch, da in Fallimenten und sonsten solche Waaren mit Arrest und Verbot belegt würden, mehr nicht, als das Residuum oder die Uebermaß herauszugeben schuldig sein soll." Von denselben Grundsätzen war auch §. 50 des sog. revidirten österreichischen Entwurfs eines H. G. B. ausgegangen, wonach protocollirten Kaufleuten „für alle ihnen aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen auf Waaren und anderes bewegliches Vermögen ihres Schuldners, welches durch Handelsaufträge oder auf andere rechtmäßige Weise in ihre Innehabung gekommen ist, das gesetzliche Pfandrecht" zukommen sollte, um

---

13) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 315.

14) Nach §. 19 Adv. O. sind die Advocaten berechtigt, von den für ihre Partei an sie eingegangenen Barschaften die Summe ihrer Auslagen und ihres Verdienstes, insoweit sie durch erhaltene Vorschüsse nicht gedeckt sind, in Abzug zu bringen. [Note 1.

1) Literatur u. Rechtsqu. oben §. 97

„daraus, unbeschadet früherer Ansprüche dritter Personen, vorzugsweise ihre Befriedigung zu erlangen", während anderen Gläubigern „darauf nur in Ansehung des Restes, welcher nach Berichtigung dieser Handelsforderungen erübrigt, mit Wirksamkeit Verbot oder Execution ertheilt werden" könne. Diese Bestimmungen waren denn auch von der Nürnberger Commission ihren diesbezüglichen Berathungen zu Grunde gelegt worden, aus welchen Art. 313 u. ff. des H. G. B. hervorgegangen waren.[2])

II. Das Handelsgesetzbuch gibt keine Definition des kaufmännischen Retentionsrechtes, sondern normirt in Art. 313 u. ff. nur dessen Voraussetzungen, Inhalt und Wirkungen, und gerade durch diese Bestimmungen erhält das kaufmännische Retentionsrecht das ihm eigenthümliche Gepräge.[3])

1. Die Voraussetzungen des kaufmännischen Retentionsrechtes sind im Allgemeinen jene des gemeinrechtlichen; nur stellt das H. G. B., indem es das Retentionsrecht auf den engsten kaufmännischen Verkehr beschränkt[4]), noch einzelne besondere Erforedernisse auf:

a) Beide Theile, Retinent und Schuldner, müssen Kaufleute sein.[5])

b) Die Forderung, wegen welcher die Retention eintreten soll, muß fällig sein und aus einem zwischen dem Retentionsgläubiger und Schuldner geschlossenen[6]) beiderseitigen[7]) Handelsgeschäfte hervorgegangen sein.

c) Gegenstand der Retention können nur bewegliche Sachen und Werthpapiere[8]) des Schuldners[9]) sein, welche mit dem Willen des Schuldners

---

2) Siehe hierüber v. Hahn, Comm. II. zu Art. 313.

3) Vgl. §§. 309 und 310 ung. und 326, 327 bosn.-herzeg. H. G., wobei jedoch zu bemerken ist, daß das ung. u. bosn. H. R. das Retentionsrecht wegen fälliger Forderungen aus Handelsgeschäften auch einem Nichtkaufmanne zugestehen.

4) Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 31.

5) Dem nicht als Kaufmann protocollirten Gewerbsmanne, welcher ihm ohne Bestellung zugesandte Waare auf Ersuchen des Absenders in seine Verwahrung erhalten hat, steht wegen des ihm behufs Erhaltung der Sache erwachsenen Aufwandes (sog. Lagerspesen) ein Retentionsrecht nicht zu (Entsch. des obst. G. H. in Geller's Centralblatt f. jurist. Praxis IX. Nr. 217); vgl. R. O. H. G. II. S. 79.

6) Laband a. a. O. S. 489 ff. Es genügt nicht, daß die Forderung aus einem zweiseitigen Handelsgeschäfte hervorgeht, sondern es muß das Geschäft zwischen Retinent und Schuldner geschlossen sein, weßhalb der Cessionar der Forderung das Retentionsrecht nicht hat. (Laband a. a. O. S. 490, 491; R. O. H. G. V. S. 304, X. S. 162; R. G. XVIII. S. 234.) Wohl aber kann das einmal erworbene Retentionsrecht mit der Forderung, für welche es erworben ist, cedirt werden (Obstger. E. Adler-Clemens VI. Nr. 940), nicht aber ohne gleichzeitige Mitübertragung der Forderung (R. O. H. G. X. S. 162). Nach herrschender Ansicht liegt zwischen dem Indossatar eines Ordrepapieres und dem aus einem solchen Verpflichteten ein zwischen diesen beiden geschlossenes Geschäft im Sinne des Art. 313 H. G. B. vor (R. G. IX. S. 45; A. A. Laband a. a. O. S. 491). Das hier vom Indossatar des Ordrepapieres Gesagte gilt umsomehr vom Besitzer eines Inhaberpapieres (v. Hahn, Comm. II. §. 6 zu Art. 313).

7) Laband a. a. O. S. 489 ff.; vgl. R. O. H. G. VI. S. 197, VII. S. 214.

8) Papiere, die nur Beweisdocumente, nicht formale Werthträger sind, wie Hypothekenurkunden (Bolze, Praxis des R. G. I. Nr. 253), Versicherungspolicen u. a. m. können wohl nach gemeinem Rechte bezw. deutschen Particularrechten Gegenstand eines Retentionsrechtes überhaupt sein (R. G. XV. S. 55, XVI. S. 172), nicht aber des kaufmännischen Retentionsrechtes im Sinne des Art. 313 H. G. B.

auf Grund eines beiderseitigen Handelsgeschäftes in den Gewahrsam des Retentionsgläubigers gekommen sein und sich mit Willen des Schuldners thatsächlich noch in dessen Gewahrsam befinden müssen, sei es, daß er die Sache factisch detinirt, oder daß er die thatsächliche Möglichkeit hat, über die Sache frei zu verfügen[9a]), insbesondere vermittelst Conossamente, Ladescheine oder Lagerscheine. Eigenmächtige Besitzergreifung von einer Sache des Schuldners[10]) seitens des Gläubigers, sowie Uebertragung derselben seitens eines Dritten ohne Zustimmung des Schuldners[11]), und endlich eine zwar durch den Schuldner selbst, aber auf Grund eines Irrthums oder infolge von Zwang geschehene Uebertragung[12]) einer Sache des Schuldners an den Gläubiger berechtigen diesen nicht zur Retention. Aus demselben Grunde entfällt das Retentionsrecht des Gläubigers auch dann, wenn das Rechtsverhältniß, auf Grund dessen die Sache in den Gewahrsam des Gläubigers gelangt ist, ein widerrufliches ist und durch eine Willenserklärung des Schuldners aufgehoben worden ist, so daß der Gläubiger fortan gegen den Willen des Schuldners detinirt. Nicht erforderlich aber ist eine ausdrückliche Willensäußerung der Parteien, daß die mit Willen des Schuldners auf Grund eines Handelsgeschäftes in den Gewahrsam des Gläubigers übergegangenen beweglichen Sachen oder Werthpapiere des Schuldners dem Gläubiger zur Deckung dienen sollen; dies wird im kaufmännischen Verkehre stillschweigend präsumirt. Nur eine entgegengesetzte Willenserklärung der Parteien darf nicht vorliegen. Hieraus erklärt sich auch die Bestimmung des Art. 313, Abs. 2, daß das Retentionsrecht dann nicht eintritt, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der vom Schuldner einer vor oder bei deren Uebergabe ertheilten Vorschrift oder einer hiebei vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde.[13])

Von den hier aufgestellten Erfordernissen des kaufmännischen Retentionsrechtes bedarf es des Erfordernisses der Fälligkeit der Forderung, wegen welcher retinirt werden soll, dann nicht, wenn bereits eine Execution

(anders früher R. O. H. G. III. S. 160, IX. S. 243; Gareis-Fuchsberger, Comm. Note 279 zu Art. 315, Willenbücher, H. G. Anm. 4 zu Art. 315), ebenso auch nicht Forderungen (R. G. XII. S. 90); Geld kann nur dann Gegenstand des handelsrechtlichen Retentionsrechtes sein, wenn die Geldstücke als körperliche Sachen retinirt werden (R. G. E. in Seuffert Archiv XL. Nr. 14).

9) Dem Schuldner nicht gehörige Sachen dürfen nicht retinirt werden (R. O. H. G. VI. S. 299, vgl. R. G. II. S. 1, III. S. 152 ff.; Adler-Clemens III. Nr. 491), selbst dann nicht, wenn guter Glaube vorliegt (R. G. III. S. 152 ff.), selbst eigene Sachen des Gläubigers nicht, wenn er diese auf Grund eines persönlichen Schuldverhältnisses an den Schuldner herausgeben sollte (R. G. XII. S. 80). Selbstverständlich braucht der Schuldner nur im Augenblicke der Entstehung des Retentionsrechtes Eigenthümer der Sache zu sein, und es wird das Retentionsrecht durch nachträglichen Eigenthumswechsel nicht aufgehoben (vgl. R. O. H. G. XXIV. S. 345 ff.).

9a) Vgl. Entsch. bei Nowak V., IV. Abth. Nr. 300.

10) R. O. H. G. XIX. S. 372.

11) R. O. H. G. XIX. S. 372.

12) v. Hahn, Comm. II. §. 9 zu Art. 313; Staub, Comm. §. 8 zu Art. 313; anders Makower, H. G. Anm. 54 zu Art. 313; Willenbücher, H. G. Anm. 6 zu Art. 313.

13) Vgl. Staub, Comm. §§. 11, 12, 13 zu Art. 313.

in das Vermögen des Schuldners fruchtlos vollstreckt wurde, oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, oder wenn der Concurs über sein Vermögen eröffnet wurde (Art. 314 H. G. B. Abs. 1), in welchen Fällen auch die oberwähnte vor oder bei Uebergabe der Sache vom Schuldner ertheilte Vorschrift oder vom Gläubiger übernommene Verpflichtung, mit den in Gewahrsam übernommenen Gegenständen in einer bestimmten Weise zu verfahren, dem Zurückbehaltungsrechte nicht entgegensteht, sofern nur die fruchtlose Pfändung, Zahlungseinstellung oder Concurseröffnung erst nach Uebergabe der Gegenstände oder nach Uebernahme der erwähnten Verpflichtung eingetreten sind oder wenigstens dem Gläubiger nicht früher bekannt geworden sind[14]) (s. auch unter IV.).

2. Inhalt und Wirkung des kaufmännischen Pfandrechtes zeigen sich am besten bei der Realisirung desselben. In erster Linie schließt es das Recht in sich, selbst den Besitz der Sache festzuhalten und denselben dem Schuldner durch Verweigerung der Herausgabe der Sache vorzuenthalten, sei es durch Einrede oder im Klagewege; sodann aber umfaßt es auch das Recht, den Verkauf der zurückbehaltenen Sache gerichtlich zu erwirken und sich aus dem Erlöse derselben zu befriedigen[14a]) (Art. 315). Doch legt das Gesetz dem Gläubiger, der von diesem seinem Rechte, sei es der Vorenthaltung allein oder auch des Verkaufes[15]) Gebrauch machen will, die Verpflichtung auf, den Schuldner hievon ohne Verzug zu verständigen, um diesem Gelegenheit zu geben, seine Schuld zu erfüllen oder entsprechende Sicherstellung zu geben. Durch Unterlassung dieser Anzeige würde zwar nicht die Realisirung des Retentionsrechtes gehemmt, jedoch wird der Retinent für allen dadurch entstandenen Schaden verantwortlich.[16]) Erfüllt der Schuldner nicht, leistet er keine anderweitige Sicherstellung, oder widerspricht er dem Rechte des Retinenten, so kann Letzterer im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte gegen den Schuldner den Verkauf der in seinem Gewahrsam befindlichen Gegenstände des Schuldners beantragen. Erst auf Grund des diesbezüglichen Gerichtserkenntnisses kann der Verkauf der retinirten Gegenstände in Form einer Urtheilsexequirung und nach den für executive Feilbietungen im Allgemeinen bestehenden Vorschriften stattfinden. Bei Vertheilung des Erlöses hat der Gläubiger, welcher das Retentionsrecht ausübt, das Recht, aus diesem vor allen übrigen Gläubigern befriedigt zu werden, außer jenen, welche ein dingliches Recht an der Sache haben. Der Ueberschuß des Erlöses gebührt dem Schuldner.

Nach §. 44 des Einf. Ges. kann das kaufmännische Retentionsrecht im Falle der Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Schuldners in derselben Weise und mit derselben Wirkung wie außerhalb des Concurses ausgeübt werden. An Stelle des Schuldners tritt der Concursmasse-

---

14) Von Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 495 „außerordentliches Retentionsrecht", von Cosack, H. R. §. 31 „Nothretentionsrecht" genannt. Vgl. Clemens-Adler, Entsch. IX. Nr. 1532.

14a) Von Amtswegen ist auf das Ret. R. nicht Rücksicht zu nehmen (R. G. II. S. 74).

15) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 315.

16) R. O. H. G. X. S. 237, XV. [S. 366.

verwalter; dieser ist von jenen Schritten des Gläubigers zu verständigen, welche sonst dem Schuldner mitzutheilen sind (§§. 44, 45 Einf. Ges.). Es ist dem Gläubiger gestattet, seine ganze Forderung bei der Concursmasse anzumelden, ohne daß er erst den Erfolg der Realisirung seines Retentionsrechtes durch Verkauf des Retentionsobjectes abzuwarten hat (§§. 45 u. 31 Einf. Ges.).

III. Die in Art. 313—315[17]) gegebenen Vorschriften sind aber nur dispositiver Natur; es steht den Parteien frei, zu vereinbaren, daß diese Bestimmungen überhaupt oder einige Einzelnheiten derselben nicht gelten sollen. (Art. 316.)

IV. Abgesehen davon, daß beim Vorliegen der nach dem Anfechtungsgesetze vom 16. März 1884 Nr. 36 R. G. Bl. erforderlichen Voraussetzungen jene Rechtshandlungen (Rechtsgeschäfte), durch welche das Retentionsrecht geschaffen oder die durch dasselbe zu deckende Forderung begründet wird, anfechtbar sind (— so 1. wenn unter Voraussetzung der Umstände der §§. 2, 3 Z. 4, §§. 5, 6 Anf. Ges.[18]) vom Schuldner oder mit seinem Willen ihm gehörige Sachen zum Zwecke der Sicherstellung dem Gläubiger übergeben oder in seinem Gewahrsam belassen werden, 2. wenn unter Voraussetzung der Umstände der §§. 2, 3 Z. 1[19]) u. 4, §. 9[20]) zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart wurde, daß Ersterer die Sachen des Schuldners trotz Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen des Retentionsrechtes zurückbehalten dürfe, oder das fehlende Erforderniß durch Vereinbarung geschaffen wird, oder 3. wenn die zu deckende Forderung aus einem auf Grund der §§. 2, 3 Z. 4, §§. 4[21]), 9 anfechtbaren Handelsgeschäfte entstanden ist, oder die Sache des Schuldners auf Grund eines so anfechtbaren Handelsgeschäftes in Besitz oder Gewahrsam des Gläubigers übergegangen ist), kann der Anfechtungsanspruch nach §. 5 Anf. Ges. auch schon lediglich darin begründet sein, daß Sachen eines Schuldners, der protocollirter Kaufmann ist, mit dessen Willen in den letzten vierzehn Tagen vor Zahlungseinstellung oder vor Anbringen des Begehrens um Concurseröffnung aus was immer für einem Grunde in den Besitz des Gläubigers übergegangen sind; denn diesfalls muß der Schuldner wissen, daß er dem Gläubiger hiedurch die Möglichkeit schafft,

---

17) Die Bestimmungen des ung. (§. 310 Abs. 2) und des bosn. H. G. (§. 327 Abs. 2) stimmen im Wesentlichen mit jenen des a. H. G. B. überein.

18) D. i. nach §. 2 zehn Jahre vor Concurseröffnung, nach §. 3 Z. 4 bei entgeltlichen Verträgen des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten oder nahen Angehörigen, sofern der Vertrag zum Nachtheil der Gläubiger ist, und die Mitcontrahenten nicht erweisen können, daß sie von dieser Absicht des Schuldners nicht wußten, nach §§. 5 u. 6 nach Zahlungseinstellung oder Ansuchen der Concurseröffnung oder 14 Tage vorher.

19) D. i. unentgeltliche Verfügungen des Schuldners.

20) D. i. sonstige für die Gläubiger nachtheilige Rechtsgeschäfte, sofern nicht der Mitcontrahent beweist, daß er von der Zahlungseinstellung oder vom Gesuch um Concurseröffnung keine Kenntniß hatte.

21) Alle in den letzten sechs Monaten vor Concurseröffnung mit Personen, die nicht zu den in §. 3 Z. 4 (s. oben Note 18) erwähnten Personen gehören, eingegangenen Kauf-, Tausch-, Lieferungsgeschäfte, sofern der andere Contrahent hierin eine die Gläubiger benachtheiligende Vermögensverschleuderung erkennen mußte.

sich vor Anderen zu befriedigen. Desgleichen ist es nach §. 6 Anf. Ges. anfechtbar, wenn Sachen des Schuldners mit seinem Willen erst nach Zahlungseinstellung oder nach Anbringen des Gesuches um Concurseröffnung in den Besitz des Gläubigers übergehen. Aber auch dann dürfte das Retentionsrecht gleich dem Compensationsrechte anfechtbar sein, wenn die Deckungsobjecte sich schon vor der in §. 6 Anf. Ges. erwähnten Thatsache (Zahlungseinstellung, Concurseröffnungsgesuch) in Händen des Gläubigers befanden, die zu deckende Forderung aber erst nach Eintritt dieser Thatsache entstanden ist.[22])

§. 99.

VI. Das Geld.[1])

I. Die Function des Geldes ist eine dreifache: es dient als Tausch-, Zahlungs- und Werthaufbewahrungsmittel.[2]) Mit der Entwickelung des Handels aus dem zur Befriedigung der wirthschaftlichen Bedürfnisse nicht mehr genügenden Tauschverkehre entstand auch das Geld, als allgemeines Tauschmittel[3]), allgemeines Werthmaß und allgemeiner Werthträger. Daher kam es auch, daß das Geld nicht nur den Tausch der Güter vermittelte, sondern zufolge des ihm innewohnenden Werthes sich auch zu anderen Leistungen (z. B. Steuern) eignete, wodurch seine Function als Zahlungsmittel entstand. Aus eben diesem Grunde ward es Werthaufbewahrungsmittel für denjenigen, der auch in Zukunft kauf- und zahlungsfähig sein wollte. Nichts destoweniger bewahrte sich das Geld als bewegliche Sache seine Eigenschaft als Waare, und kann sohin selbst Gegenstand des Handelsverkehrs und Umsatzes (vgl. Art. 271 Z. 1 u. 2, Art. 272 Z. 2)[4]) mit ört-

22) Obige Darstellung folgt Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XV. S. 165 u. ff., insbes. S. 171 ff.; vgl. Steinbach, Anf. Ges. S. 31, 66; Menzel, Das Anf. R. der Gläubiger S. 187, insbes. Note 39; Turnwald in Gerichtshalle Nr. 56 v. 1885 und Nr. 1 v. 1886; Ofner ebenda Nr. 51 v. 1885, Nr. 7 v. 1886; für das deutsche Reichsrecht s. Cosack, Das Anf. R. der Gläubiger in und außer dem Concurse 1884, insbes. S. 171 ff., S. 202 f.

1) J. G. Hoffmann, Die Lehre vom Gelde (Berlin 1838); Hufeland, Ueber die rechtl. Natur der Geldschulden (1851); v. Savigny, Obl. R. I. §. 40; Ravit, Beiträge zur Lehre vom Geld (1862); Goldschmidt, H. R. I. §§. 99—109 und in Ztschr. f. H. R. XIII. S. 367 ff.; G. Hartmann, Ueber den rechtl. Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868); Roscher, Syst. I., 2. Buch, 3. Cap.; Unger, System I. §. 47; v. Hasner in Grünhut's Ztschr. f. öff. u. Pr. R. VII. S. 1 ff.; Knies, Geld und Credit I. (1873, 2. Aufl. 1885), II. (1. Abth. 1876, 2. Abth. 1879); Schüßler in Gerichtshalle Nr. 91—96 von 1876; Pfaff-Hofmann, Comm. z. östr. a. b. G. B. I. S. 98 ff.; Pfaff in Jurist. Bl. Nr. 24—28 v. 1882; Thöl, H. R. §. 210; Hasenöhrl, Oestr. Obl. R. I. §. 16; R. Koch in Endemann's Hdb. II. §§. 184—190; G. Cohn, ebd. III. §. 445; v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des östr. allg. Privatr. I. Bd., 1. Hft. §. 17; Nasse in Schönberg's Hdb. d. pol. Oekon. S. 237 ff.; R. Koch, Geld und Werthpapiere in Bekker u. Fischer, Beitr. z. Erl. des Entw. eines bürg. G. B. f. das Deutsche Reich 4. Hft. (1889); Endemann, H. R. (4. Aufl.) §. 101; Gareis, H. R. §. 45; Goldschmidt, System (4. Aufl.) §. 80.

2) Vgl. Nasse a. a. O. S. 237.

3) Koch in Endemann's Hdb. II. §. 184; Lotz in Conrad's Jahrb. XLII. S. 337 ff.

4) Vgl. hiezu Thöl, H. R. I. §. 210 Anm. 1 Z. 5.

lich und zeitlich verschiedenem Preise (sog. Curswerth) oder Frachtgut (Art. 395) sein.

II. Das Geld ist entweder Metall- oder Papiergeld. Die auch gegenwärtig in Oesterreich neben der neuen Goldwährung noch geltende österreichische Währung war bei der allgemeinen Regelung des österreichischen Geldwesens zufolge des mit dem Fürstenthum Liechtenstein und mit den durch die allgemeine Münzconvention vom 30. Juli 1838 unter sich verbundenen deutschen Zollvereinsstaaten abgeschlossenen Münzvertrags vom 24. Jänner 1854 Nr. 101 R. G. Bl. eingeführt worden.[5]) Das kais. Patent vom 19. September 1857 Nr. 169 R. G. Bl. ordnete an, daß 45 Gulden aus einem Zollpfunde feinen Silbers unter der Benennung „österreichische Währung" geprägt werden sollen, erklärte den Gulden als österreichische Münzeinheit und theilte denselben in hundert Neukreuzer. Durch die k. Vdg. vom 30. August 1858 Nr. 131 R. G. Bl. wurde die österreichische Nationalbank ermächtigt, neue, auf österreichische Währung lautende Noten auszugeben, denen einerseits Zwangscurs (d. i. Annahmepflicht im Privatverkehr) verliehen wurde, und bezüglich deren andererseits die Einlösungspflicht der Nationalbank in Wien gegen vollwerthige Silbermünze festgesetzt wurde, von welcher Pflicht aber die Bank mit Rücksicht auf die kriegerischen Zeitverhältnisse 1859 zeitweilig enthoben worden war. Abgesehen von anderen Aenderungen, die in innigem Zusammenhange mit den kriegerischen Ereignissen und den mißlichen Geldverhältnissen Oesterreichs standen, deren Geschichte und Erörterung aber hier zu weit führen würde, wurden mit dem Gesetze vom 5. Mai 1866 Nr. 51 R. G. Bl. die seitens der Nationalbank ausgegebenen Noten zu 1 fl. und 5 fl. zu Staatsnoten erklärt, worauf dann zufolge des Gesetzes vom 25. August 1866 Nr. 101 R. G. Bl. förmliche Staatsnoten zu 1 fl. und 5 fl. emittirt wurden, die von jedermann nach ihrem vollen Nennwerth in Zahlung bezw. von der Nationalbank bei Umwechslung ihrer Noten oder bei Einziehung der einzelnen Gattungen derselben anzunehmen sind. Der Zwangscurs der Banknoten zu 1 fl. und 5 fl. war bis 31. December 1868 dauernd erklärt worden. Mit Gesetz vom 1. Juli 1868 Nr. 84 R. G. Bl. war die Prägung neuer Silberscheidemünze zu 20, 10 u. 5 Neukreuzer angeordnet worden. Bei Zahlungen ist die Scheidemünze bei allen öffentlichen Cassen Oesterreich-Ungarns bis zum Betrage von fünf Gulden, bei als Umwechslungscassen fungirenden Landeshauptcassen unbeschränkt anzunehmen. Im Privatverkehr ist Niemand verpflichtet, in Silberscheidemünze mehr als 2 fl., in Kupferscheidemünze mehr als 50 kr. anzunehmen.

Goldmünzen zu 8 fl. = 20 Franken und 4 fl. = 10 Franken, deren Annahme jedoch freisteht, wurden mit Gesetz vom 9. März 1870 eingeführt.

In §. 2 Z. 3 des östr. Gesetzes vom 21. December 1867 Nr. 146 R. G. Bl.[6]) wurde die Feststellung des Münzwesens und des Geldfußes

---

5) Michel in Ger. Ztg. Nr. 139 von 1858; vgl. zur Geschichte des östr. Geldwesens insbes. Pfaff-Hofmann a. a. O. und Stubenrauch, Comm. (4. Aufl. v. Schuster-Schreiber) I. S. 20 ff.

6) Ung. Ges. Art. XII von 1867 §. 66.

als eine in Oesterreich und Ungarn nach gleichen, von Zeit zu Zeit zu vereinbarenden Grundsätzen zu behandelnde Angelegenheit erklärt; und Art. XII des Zoll- und Handelsbündnisses zwischen Oesterreich und Ungarn (1867, 1878, 1887) hatte ausgesprochen, daß die bestehende österreichische Währung bis zu ihrer gesetzlichen Aenderung gemeinsame Währung für Oesterreich-Ungarn bleibe. Die Regierungen Oesterreichs und Ungarns verpflichteten sich jedoch 1887, „unmittelbar nach Abschluß des Zoll- und Handelsbündnisses eine Commission einzusetzen zum Zwecke der Berathung jener vorbereitenden Maßregeln, welche nothwendig sind, um beim Vorhandensein einer günstigen finanziellen Lage die Herstellung der Barzahlungen in der Monarchie zu ermöglichen. Die sodann mit der Herstellung der Valuta neu einzuführende Währung hat den Namen östr.-ung. Währung zu führen." Als vorläufiges Ergebniß jener Berathungen ist der auf Grund des §. 2 Z. 3 des Gesetzes v. 21. Dec. 1867 Nr. 146 R. G. Bl. (betr. die gemeinsamen Angelegenheiten der Monarchie) zwischen den beiderseitigen Regierungen abgeschlossene mit Gesetz vom 2. August 1892 Nr. 127 R. G. Bl.[7]) publicirte Münz- und Währungsvertrag und das Gesetz vom 2. August 1892 Nr. 126 R. G. Bl.[8]) anzusehen.[9]) Gemäß Art. I dieses Gesetzes tritt allerdings „an Stelle der bisherigen österreichischen Währung die Goldwährung, deren Rechnungseinheit die Krone ist", die allgemeine Einführung der obligatorischen Rechnung in der Kronenwährung aber wird im Zusammenhange mit der Ordnung des allgemeinen Münzverkehres nach den zu vereinbarenden Grundsätzen im Wege der beiderseitigen Regierungen erfolgen (Art. XVIII des Münz- u. Währungsvertr.). Jedoch schon gegenwärtig sind nach dem eben citirten Vertragsartikel Zwanzigkronenstücke (Goldmünzen) zum Werthe von 10 Gulden ö. W., die Zehnkronenstücke (gleichfalls Goldmünzen) zum Werthe von 5 Gulden ö. W. zu rechnen und im Verkehre als Zahlung anzunehmen. Die neue Münzeinheit (Krone) ist eine Silberscheidemünze und repräsentirt den Werth von 50 kr., und zerfällt in 100 Heller. Die Heller und die Zweihellerstücke sind aus Bronze, und außerdem gibt es noch Münzen zu 10 Hellern und 20 Hellern aus Nickel.

Nach Art. XI des Vertrages ist im Privatverkehre niemand verpflichtet, mehr als 50 Kronen in Einkronenstücken, mehr als 10 Kronen in Nickelmünzen und mehr als eine Krone in Bronzemünzen anzunehmen.

---

7) Ung. Ges. Art. XVIII von 1892.

8) Ung. Ges. Art. XVII von 1892.

9) Vgl. hiezu Burckhard, Leitfaden der Verfassungskunde der östr. ungar. Monarchie S. 36 ff.; Landesberger, Währungssystem und Relation (1891); Ostersetzer, Währungswechsel und Aufnahme der Barzahlungen (1892); Röhrich, Oesterreichs Geldwesen und dessen gegenwärtige Regelung, Gutachten über die Währungsfrage von Schäffle ꝛc. (1893); Wirth, Die Notenbankfrage in Beziehg. zur Währungsreform in Oesterreich-Ungarn; Wieser, Die Währungsfrage und die Zukunft der öster.-ung. Vatutareform. (Vortrag im Prager Deutschen Verein am 22. Jänner 1894); Inama-Sternegg in Ztschr. f. Volkswirthschaft, Socialpolitik und Verwaltung I. S. 625 ff.; Menger, Der Uebergang zur Goldwährung (1892); Haupt, Gold-, Silber-Valuta-Herstellung (1892);

III. Ueber die Geldsorte oder Münzart, in welcher eine Zahlung zu leisten ist, entscheidet in erster Linie der Vertrag und in Ermangelung einer diesbezüglichen Vertragsbestimmung nach Art. 336 H. G. B. das am Erfüllungsort geltende Münzsystem.[10])

§. 100.

VII. Die Werthpapiere.[1])

1. Begriff und Wesen der Werth- und der Handelspapiere; Behandlung derselben im Rechte.

I. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch hat das Wort „Werthpapier", das es dem österr. revidirten Entwurfe[2]) entnommen hatte, in die Sprache der Gesetzgebung[3]) neu eingeführt, während der preußische Entwurf, wie der Entwurf erster Lesung nur von Creditpapieren[4]), Effecten[5]), geldwerthen Papieren[6]), nicht aber von Werthpapieren sprechen. Das H. G. B. gibt nicht nur keine Definition des Begriffes „Werthpapier", sondern liefert nicht einmal Anhaltspunkte zu einer festen Abgrenzung und Aufstellung dieses Begriffes, und enthält keinen einzigen Rechtssatz, der sich ausschließlich auf Werthpapiere bezöge.[7]) Es blieb daher der Wissenschaft und der Praxis überlassen, den Begriff des Werthpapieres aufzustellen. Doch die juristische Literatur und Praxis ist bisher ebensowenig zu einer einheit-

---

Hammer, Herstellung d. Valuta (1892); Kleinwächter in Ztschr. f. ges. Staatsr. XLIX. S. 457 ff.

10) S. auch unten §. 114.

1) Literatur: Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren 1857, — Wechselrecht 1865, — in Ztschr. f. H. R. VI. S. 1 ff.; — in Endemann's Handb. IV. Bd., 2. Abth., §§. 12 ff.; Brunner ebenda II. §§. 191—199; Stobbe, Deutsch. Pr. R. III. §§. 171, 177—180; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. VIII. S. 313 ff., IX. S. 62 ff., XXIII. S. 306 ff., XXVIII. S. 63 ff., XXXVI. S. 124 ff., 596 ff.; Gierke ebenda XXIX. S. 254 ff.; Pappenheim ebenda XXXII. S. 332 ff., XXXIII. S. 444 ff.; Krasnopolski ebenda XXXIV. S. 583 ff.; Carlin XXXVI. S. 6 ff.; Affolter XXXVII. S. 469 ff.; Sohm, XVII. S. 75 ff.; Skonietzky in Gruchot's Beitr. XXIX. S. 53 ff., 210 ff., 525 ff.; Koch, Vorträge u. Aufsätze S. 299 ff.; Gareis im Arch. f. W. R. XVII. S. 266 ff.; in Ztschr. f. H. R. XXI. S. 356 ff. und in Busch, Arch. XXXIV. S. 97 ff.; Lehmann, Zur Theorie der Werthpapiere; Landsberg, Eine Frage aus d. Lehre v. d. Scripturobligationen (Diss., 1891); Robinow, Der Begriff des Werthpapieres (Diss.) Göttingen 1892; Randa, Eigenthum I./1. (2. Aufl.) §. 12, insbes. Note 17. Vgl. auch Sachße in Ztschr. f. D. R. VII. S. 29 ff.; Stein in Allg. östr. G. Z. Nr. 67—72 v. 1871; Geller ebenda Nr. 40—44 v. 1873; Kohler im Arch. f. bürg. R. VI. S. 316 ff.

Zur Geschichte vgl. insbes. Goldschmidt in Ztschr. f. Rgesch. XXIII. (N. F. X.) S. 352 ff. und Universalgesch. des H. R. I. S. 383 ff.; Brunner in Ztschr. f. H. R. XXII. S. 1 ff., 505 ff., XXIII. 225 ff. u. die reichen Literaturangaben bei Goldschmidt, System (4. Aufl.) S. 40 u. 41.

2) §. 50: „Oeffentliche und Privatwerthpapiere."

3) In der juristischen Literatur ward der Ausdruck „Werthpapier" schon vor Abfassung des H. G. B. dem Ausdrucke „Creditpapier" vorgezogen.

4) Preuß. Entw. Art 229; Entw. I. Lesung Art. 234; Prot. S. 1263.

5) Art. 322 Entw. I. Lesung.

6) Art. 565, 578 preuß. Entw.; Art. 547, 609, 622 Entw. I. Lesung.

7) Brunner in Endemann's Hdb. II. §. 191 (S. 141).

lichen Formulirung dieses Begriffes und seines Umfanges gelangt, als der kaufmännische Sprachgebrauch ein fester geworden ist. Während letzterer zumeist die Wechsel und Hypothekenurkunden von den Werthpapieren scheidet, so herrscht doch hinwieder „in der juristischen Literatur, soweit auch sonst die Ansichten auseinandergehen, gerade darüber kein Zweifel, daß der Wechsel als Werthpapier und zwar als der am schärfsten ausgeprägte Typus einer ganzen Gruppe von Werthpapieren, nämlich der Ordrepapiere, aufzufassen sei.“ [8]) Im Uebrigen aber ist der Umfang des Begriffes der Werthpapiere streitig, bald weiter gefaßt, bald enger, bald nur die Forderungspapiere [9]), bald auch die Actien [10]), bald nur die Ordre- und Inhaberpapiere [11]) umfassend, bald auch die Namenpapiere [12]), bald auch die Eintrittskarten, Fahrkarten, die Marken des täglichen Verkehres [13]), Papiergeld [14]) und Postmarken, ja sogar die Scheidemünze [15]) mit umschließend [16]); und der Begriff des Werthpapieres selbst wird in verschiedenster Weise construirt. Es wird erstlich als Verkörperung der Obligation [17]) [verkörpertes Forderungsrecht [18]), verkörpertes Schuldversprechen [19])], als Träger oder Repräsentant des Rechtes oder des Rechtsverhältnisses [20]), als formeller Werthträger [21]), oder als Verkörperung des Willens des Schuldners [22]) bezeichnet, ohne daß hiedurch die auf die Werthpapiere bezüglichen Streitfragen gelöst würden. Gegenüber dieser Verkörperungstheorie versteht Thöl [23]) unter Werthpapier jede Urkunde vermögensrechtlichen Inhaltes. Wenn es nun auch richtig ist, daß jeder Urkunde vermögensrechtlichen Inhaltes ein Werth innewohnt, und daß gerade der vermögensrechtliche Inhalt der Urkunde, das Recht, auf welches sie lautet, das sie verleiht oder bezeugt, es ist, welches der Urkunde ihren Werth gibt, so ist die von Thöl gegebene Definition doch gegenüber der im Handel und Verkehre üblichen Vorstellung von einem Werthpapiere zu weit gefaßt [24]); denn sie müßte consequentermaßen auch jene Urkunden mitumschließen,

---

8) Brunner in Endemann's Hdb. II. §. 191 (S. 142).

9) Bluntschli, Deutsches Privatr. §. 163; Dahn, Handelsrechtliche Vorträge S. 124 f.

10) So Goldschmidt, H. R. II. S. 550 („Verbriefte Forderungen und Actien“).

11) So Beseler, Deutsches Pr. R. S. 944, der die Rectapapiere ausdrücklich ausschließt.

12) Endemann, H. R. §§. 104 und 106; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. IX. S. 8.

13) Vgl. Knies, Credit I. S. 181 f.

14) v. Hahn, Comm. II. §. 7 zu Art. 271.

15) Gareis in Busch's Archiv XXXIV. S. 103.

16) Struckmann und Koch, Comm. z. deutschen R. Civ. Pr. O. (3. Aufl.) S. 669 f., führen als Werthpapiere beispielsweise an: „Actien, Reichsbankantheilscheine, Kuxscheine, Staatsschuldverschreibungen, Connossamente, Versicherungspolicen.“

17) Savigny, Obl. R. II. §. 62, S. 99 und §. 66 Note a.

18) Hoffmann a. a. O. S. 509 f.; Dahn, Handelsrecht, Vortr., S. 124.

19) Siegel, Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 111.

20) Bluntschli, Deutsches Pr. R. §. 163; Gareis in Busch's Arch. XXXIV. S. 102 f.

21) Gareis, H. R. (4. Aufl.) §. 76.

22) Gerber, Deutsches Pr. R. §. 161, s. dagegen Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 60.

23) H. R. §. 211 (S. 632).

24) Vgl. hiezu Brunner in Endemann's Hdb. §. 191 (S. 143 ff.).

welche nur einfache Beweismittel sind, wie Darlehnsschuldscheine, Mäklernotizen, Quittungen über erfolgte Zahlungen u. ä., die doch nach dem üblichen Sprachgebrauche gewiß nicht als Werthpapiere zu bezeichnen sind[25]), aber nichtsdestoweniger Urkunden vermögensrechtlichen Inhaltes sind. Bei solchen Papieren besteht jedoch die Verpflichtung des Schuldners entweder unabhängig vom Papiere selbst, oder das Papier verleiht seinem Inhaber überhaupt keinerlei Anspruch gegen den Aussteller, sondern nur das Recht des Einspruches gegen etwaige nochmalige Forderung der in ihr als geleistet bezeugten Verpflichtung. Der Werth der bloßen Beweisurkunden vermögensrechtlichen Inhaltes liegt in dem Schutze gegen etwaigen vermögensrechtlichen Schaden, der denjenigen, zu dessen Schutz sie ausgestellt sind, treffen könnte, wenn er sie nicht in Händen hätte. So schützt die Quittung den Zahler gegen nochmalige Forderung der Leistung, während er im Falle der Ermangelung einer Quittung oder des Verlustes derselben (ohne daß auf Seite der Gegenpartei ein dolus vorliegen muß) der Gefahr einer Doppelzahlung ausgesetzt sein kann, wenn er die vollzogene Zahlung nicht anderweitig beweisen kann; so beweist der Darlehnsschuldschein die Zuzählung des Darlehnsbetrages seitens des Gläubigers an den Schuldner, und schützt ersteren vor der Gefahr, sein Recht etwa wegen Mangels eines anderen Beweismittels gegen den leugnenden Schuldner nicht geltend machen zu können.

Es muß daher, damit ein Papier vermögensrechtlichen Inhaltes Werthpapier in einem dem allgemeinen Sprachgebrauche wie der kaufmännischen Anschauung entsprechenden Sinne werde, noch ein besonderes Merkmal hinzukommen. Das gemeinsame charakteristische Merkmal der oben unter dem Namen von bloßen Beweisurkunden vermögensrechtlichen Inhaltes zusammengefaßten Urkunden liegt einerseits in ihrer **bloßen** beweisrechtlichen Function gegen den Aussteller oder gegen einen Dritten, andererseits aber auch darin, daß die Ausübung des in ihnen beurkundeten Rechtes unabhängig ist von dem Papiere selbst, oder mit anderen Worten: daß diesen Papieren wohl eine beweisrechtliche, aber keine civilrechtliche Function zukommt.[26]) Und hierin liegt auch zugleich das unterscheidende Criterium, welches die eben besprochenen bloßen Beweisurkunden von den übrigen Urkunden vermögensrechtlichen Inhaltes trennt, denen **außerdem** noch privatrechtliche Functionen zukommen. Die privatrechtliche Function einer Urkunde aber kann einerseits in ihrer rechterzeugenden Kraft, andererseits in ihrer Verwendung zur Realisirung des in ihr verbrieften Rechtes bestehen. Diese beiden privatrechtlichen Functionen der Urkunden sind unabhängig von einander. Die privatrechtliche Function der rechtbegründenden Urkunden erschöpft sich zumeist mit der Constituirung des Rechtes, auf welches sie lauten; nach Begründung dieses Rechtes erscheinen sie nur mehr als Beweisurkunden über den constituirenden Rechtsact und können für die weitere Ausübung oder Uebertragung des

25) Vgl. **Carlin** a. a. O. S. 8.

26) **Brunner** in **Endemann's** Hdb. II. §. 191.

Rechtes ganz entbehrlich werden. Die Urkunde über einen abgeschlossenen Kauf z. B. bringt den übereinstimmenden Willen der Contrahenten zum Ausdrucke, das Geschäft selbst formell zum Abschlusse, sofern überhaupt schriftlicher Vertragsabschluß verabredet oder gesetzlich vorgeschrieben ist; nach Perfection des Vertrages aber ist diese Urkunde lediglich Beweismittel ohne civilrechtliche Function, und der Käufer kann sein Recht unabhängig von dem Vertragsinstrumente auch ohne den Kaufbrief übertragen und realisiren. Wohl aber wird durch den Willen des Ausstellers oder durch das Gesetz mitunter bestimmt, daß solchen rechtbegründenden Urkunden auch nach Entstehung des verbrieften Rechtes noch fernerhin civilrechtliche Function zukommen soll, sei es insofern, als das verbriefte Recht ohne die Urkunde nicht übertragen, noch realisirt werden könne, wie z. B. beim Wechsel oder beim Verpflichtungsschein, oder so, daß sie zwar für die Ausübung des Rechtes nur beweisrechtliche Bedeutung habe, aber eine Uebertragung des Rechtes ohne Uebertragung der Urkunde nicht gestattet ist, wie dies z. B. bei Namenactien der Fall sein kann. Eben diese privatrechtlichen Functionen können auch Urkunden beigemessen werden, die kein Recht begründen, sondern nur die Beurkundung eines Rechtes bezwecken, ohne welche aber das in denselben beurkundete Recht nicht ausgeübt und nicht übertragen werden kann (wie z. B. bei Pfandbriefen), oder zwar ausgeübt, aber nicht übertragen werden kann, wie beim Kuxscheine. Papiere nun, bei welchen nur gegen Vorzeigung des Papieres geleistet werden muß, werden, abgesehen davon ob ihnen rechtsbegründende Function zukommt oder nicht, Präsentationspapiere genannt.[27]) Da es sich dem Verkehre um die Verwerthung seiner Objecte handelt, diese aber bei Urkunden über Privatrechte nur durch Uebertragung oder Ausübung des beurkundeten Rechtes geschehen kann, so ergibt sich hieraus, daß im verkehrstechnischen Sinne nur solche Urkunden vermögensrechtlichen Inhaltes als Werthpapiere bezeichnet werden können, welchen bei Ausübung oder Uebertragung des beurkundeten Rechtes eine privatrechtliche Function zukommt, bei welchen also die Ausübung oder Uebertragung des in ihnen verbrieften Privatrechtes von der Innehabung des Papiers privatrechtlich bedingt ist.[28])

II. Enger noch als der Begriff der Werthpapiere ist der Begriff Handelspapier; nicht alle Werthpapiere sind Handelspapiere, sondern nur bestimmte Werthpapiere. Das Gesetz zählt als solche auf: „Staatspapiere, Actien und andere für den Handelsverkehr bestimmte Werthpapiere" (Art. 271 Z. 1, vgl. Art. 67).[29]) Ob ein Werthpapier für den Handelsverkehr bestimmt ist, ist quaestio facti.[30])

III. Aus dem Wesen des Werthpapieres als einer „Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwerthung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist"[31]), ergibt sich zunächst, daß Werthpapiere über=

27) Brunner im Hdb. §. 193.

28) Brunner im Hdb. a. a. O.

29) R. O. H. G. XXIV. S. 257 f.; Goldschmidt, Hdb. d. H. R. I. S. 552, insbes. Note 20.

30) v. Hahn, Comm. II. §. 10 zu Art. 271.

31) Brunner im Hdb. a. a. O.

haupt den allgemeinen Rechtssätzen über die Vindication beweglicher Sachen nicht unterworfen sind. Das H. G. B. hat daher rücksichtlich der Uebertragung bezw. des Erwerbes und des Verlustes von Werthpapieren und der in ihnen verbrieften Rechte einzelne Sondervorschriften aufgestellt (Art. 301—303), welche der Individualität der einzelnen Arten von Werthpapieren Rechnung tragen, und daher bei den unten zu besprechenden einzelnen Gruppen von Werthpapieren zur Darstellung gelangen werden. So ist z. B. zur Uebertragung des Rechtes aus Werthpapieren immer die Uebergabe des Papiers nöthig; doch stellt das Gesetz für die einzelnen Arten der Werthpapiere noch einzelne Erfordernisse auf, so z. B. bei Rectapapieren für den Cessionar den Nachweis der Cession, bei indossablen Papieren das Indossament, bei Namen-Actien die Umschreibung im Actienbuche; so ist zur Verpfändung gleichfalls die Uebergabe erforderlich, und für vernichtete oder abhanden gekommene Werthpapiere endlich bietet die Amortisation die Möglichkeit einer Verwerthung des Rechtes aus solchen Papieren.

§. 101.

2. Arten der Werthpapiere.[1])

I. Je nach dem **Inhalte** des im Papiere verbrieften Rechtes lassen sich die Werthpapiere eintheilen in

1. **Corporations-(Associations-)Papiere**, welche das Recht der Mitgliedschaft an einer Corporation mit vermögensrechtlicher Basis gewähren, z. B. Actien, Kuxscheine[2]);

2. **Forderungspapiere**, denen ein Forderungsrecht zugrunde liegt, auch „Scripturobligationen des modernen Rechts" oder „Scripturobligationen" schlechthin genannt[3]); diese können wieder sein:

---

1) Vgl. Thöl, H. R. I. §. 211; Brunner in Endemann's Hdb. II. §. 192; Gareis, H. R. §. 77; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 63 ff.

2) So Brunner a. a. O. S. 148, 150; anders Gareis, H. R. §. 77 S. 626, welcher Actien, Kuxscheine zu den Forderungspapieren zählt. Allerdings ist es richtig, daß Actien, Kuxscheine „Gesellschaftsantheile werthpapiermäßig verbriefen" (Gareis a. a. O.), allein die Actie gewährt in erster Linie ein „Mitgliedschaftsrecht, mit welchem eine Theilhaberschaft an dem Gesellschaftsvermögen verbunden ist" (Brunner a. a. O. S. 148). Der Actionär erklärt durch Uebernahme (Zeichnung) der Actie sich an dem gesellschaftlichen Unternehmen in einem bestimmten, begrenzten Maße betheiligen zu wollen. Aus der Actie erwächst ihm dann allerdings ein Forderungsrecht gegen die Gesellschaft, aber er trägt auch den Verlust der Gesellschaft, er ist Theilhaber, nicht bloß Forderungsberechtigter.

3) So Gareis, H. R. §. 77 S. 626; gegen die Bezeichnung Brunner's „Werthpapiere des öffentlichen Glaubens" s. insbes. Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 71 ff., Universal-Geschichte d. H. R. S. 389 Note 22, und System §. 83 a; Gierke in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 265, welche beiden Schriftsteller a. a. O., sowie Randa, Eigenthum (2. Aufl.) S. 313 Note 6 die Bezeichnung Scripturobligation, welche nur auf Forderungspapiere bezogen wird, als zu eng bezeichnen, da auch nicht-obligatorische Werthpapiere hieher gehören. Gierke a. a. O. schlägt vor „Scripturrechtsverhältnisse" und „scripturrechtliche" oder „formalrechtliche Werthpapiere".

a) entweder Leistungsaufträge (z. B. gezogene Wechsel, kaufmännische Anweisung) oder Verpflichtscheine oder Empfangscheine;

b) Forderungspapiere mit individualisirtem Schuldversprechen oder mit abstractem Schuldversprechen ohne Nennung der causa promittendi (cautio indiscreta);

c) Forderungspapiere, in welchen dem Mitcontrahenten oder einem Dritten oder beiden zugleich eine Leistung versprochen wird;

3. sachenrechtliche Werthpapiere, die ein dingliches Recht, insbesondere ein Pfandrecht verbriefen, z. B. Pfandbriefe.

Hieher gehören auch die sog. Traditions- (oder Transport-) papiere[4]), durch deren Begebung dieselben dinglichen Rechte an den in ihnen verzeichneten Waaren erzeugt werden, wie durch die Uebergabe der Sache selbst. Als solche gelten Conossamente, Ladescheine, Lagerscheine.

II. Je nach dem Gegenstande, auf welchen das Papier lautet, sind Geldpapiere und Waarenpapiere zu unterscheiden. Erstere lauten entweder auf bestimmte Geldsummen (Wechsel, Anweisung, Zinsencoupon), oder auf unbestimmte Summen (Dividendenscheine, Versicherungspolicen); letztere sind Transportpapiere (s. oben unter I. 3) oder Umsatzpapiere, je nachdem sie Rechte an dem zu transportirenden Gute oder Anschaffung und Veräußerung von Gegenständen betreffen. Umsatzpapiere sind z. B. Schlußnoten, Facturen.[5])

III. Je nach der Person des Ausstellers sind die Werthpapiere entweder Staatspapiere, Papiere öffentlich-rechtlicher Corporationen oder Privatpapiere.

IV. Je nach der Art, wie der Gläubiger in den Papieren bezeichnet ist, sind zu unterscheiden:

1. Rectapapiere (Namenpapiere), in welchen der Gläubiger im Texte des Papieres mit Namen genannt ist;

2. Ordrepapiere, in welchen gleichfalls im Texte ein bestimmter Gläubiger genannt ist, diesem aber zugleich durch die sog. Ordreclausel (d. i. durch den Zusatz „an Ordre“ oder durch einen gleichbedeutenden Zusatz zum Namen des Gläubigers)[6]) die Ermächtigung ertheilt wird, das Papier in einer bestimmt vorgeschriebenen Form (durch Indossament) einem neuen Gläubiger zu übertragen;

3. Inhaberpapiere d. i. solche Papiere, nach welchen deren Ueberbringer, Inhaber zur Geltendmachung des verbrieften Rechtes ermächtigt wird.

4. Blancopapiere, bei welchen der Name des Gläubigers nicht angegeben ist, sondern ein Raum im Texte leer gelassen ist, auf welchem der Name eines Gläubigers beigefügt werden kann. Ehe der Name eingeschrieben ist, sind sie Inhaberpapiere, nachher aber Rectapapiere, wenn nur der Name des Gläubigers eingesetzt wird, oder Ordrepapiere, wenn der Name des Gläubigers sammt Ordreclausel beigefügt wird.

---

4) Siehe oben §. 93, IV.

5) Siehe oben §. 93, IV.

6) Als solche gleichwerthige Ausdrücke wurden anerkannt „an N. N. oder Inhaber“ (Leipz. Wechselconf. Prot. S. 12), „auf Verfügung“ (Bad. H. G. B. Art. 185), „an N. N. oder getreuen Inhaber“ (R. O. H. G. XXIII. S. 293).

§. 102.

3. Das Recht aus und an den Werthpapieren.

I. Mit dem Werthpapiere ist ein von demselben unterscheidbares Recht, ein dem Inhaber bezw. dem legitimirten Inhaber des Papieres erwachsender privatrechtlicher Anspruch verbunden. Je nach der dem einzelnen Werthpapiere zukommenden privatrechtlichen Function äußert sich die Verbindung dieses privatrechtlichen Anspruches des Papierinhabers mit dem rechtlichen Schicksale des Papieres verschieden. Die privatrechtliche Function des Papieres bestimmt sich nach dem ihm vom Aussteller gegebenen Inhalte. Ergibt sich aus dem Wortlaute des Inhaltes des Papieres, daß mit der Uebertragung desselben untrennbar auch die Ausübung des in dem Papiere verbrieften Rechtes übertragen wird, dann ist das Recht an dem Papiere zugleich das Recht an der in dem Papiere verbrieften Leistung, und das Schicksal des Rechtes aus dem Papiere ist mit dem Schicksale des letzteren untrennbar verbunden. In allen übrigen Fällen aber ist die Verbindung zwischen Papier und dem verbrieften Rechte zwar auch in der Weise wirksam, daß das verbriefte Recht ohne gleichzeitige Uebergabe der Urkunde nicht übertragen werden kann; es bedarf aber außerdem zur vollen Uebertragung des Rechtes und zur Ausübung desselben noch eines weiteren Rechtsactes, wodurch der Inhaber des Papieres zur Geltendmachung des Rechtes aus demselben erst ermächtigt bezw. legitimirt wird. Für die Papiere ersterer Art ergeben sich zwei gemeinsame Grundprincipien; 1. daß das durch diese Urkunden verbriefte Recht überwiegend den Grundsätzen des Sachenrechtes unterworfen ist, daß daher Erwerb und Verlust dieses Rechtes sich nach den Grundsätzen und Formen des Sachenrechtes vollziehen[1]), und 2. daß bei Uebertragung der Urkunde das verbriefte Recht nicht durch Singularsuccession von dem Vormann auf den Nachmann übergeht, sondern successive Originär-Bildung des verbrieften Rechtes durch Eigenthumserwerb an dem Papiere stattfindet.[2])

II. Die Ausstellung des Papieres, d. i. dessen Niederschrift und Unterzeichnung geschieht durch einen einseitigen Act des Ausstellers[3]) (Creation), der allein bei Urkunden über Scripturrechte den schriftmäßigen Inhalt des Rechtes begründet. Hiedurch wird aber noch nicht, wie die Creationstheorie[4]) annimmt, das Recht aus dem Papiere begründet;

---

1) Goldschmidt, Syst. §. 83 a (4. Aufl. S. 161, 165).

2) Goldschmidt, Syst. §. 83 a (4. Aufl. S. 161, 167); ebenso Stobbe, Deutsches Priv. R. III. §. 171 S. 107; Gareis, H. R. §. 79; Carlin in Ztschr. f. H. R. XXXVI. S. 36 f.; Grünhut in seiner Ztschr. XIX. S. 283 ff.; Randa, Eigenthum §. 12 Note 6; anders Brunner im Hdb. §. 195, Gierke in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 257 ff.

3) Goldschmidt, Syst. §. 83 a (4. Aufl. S. 168).

4) Vgl. insbes. Kuntze, Inhaberpapiere S. 332 ff.; Fuchs, Die Karten und Marken des tägl. Verkehres S. 31 (auch in Allg. östr. G. Z. Nr. 88—96 v. 1880); Dernburg, Preuß. Pr. R. §. 12; Affolter in Ztschr. f. H. R. XXXIX. S. 380, 384 ff.; dagegen Goldschmidt ebenda S. 432.

dieses entsteht vielmehr erst durch die Begebung des Papieres, da, solange das Papier sich in den Händen des Ausstellers befindet, ein Subject dieses Rechtes fehlt. Das Wesen aller Werthpapiere besteht eben darin, daß sie abgesondert von dem verbrieften Rechte nicht übertragen werden können; nur der Eigenthümer des Papieres ist aus demselben berechtigt. Solange das Papier sich noch unbegeben in Händen des Ausstellers befindet, ist er selbst noch factischer Eigenthümer desselben, müßte also, wenn das Recht mit der Ausstellung des Papieres gleichzeitig entstanden wäre, selbst aus demselben in vollem Umfange dieses Rechtes Allein-berechtigter und -Verpflichteter sein. Erst durch die Begebung des Papieres entsteht die Verpflichtung des Ausstellers — und zwar jedem Eigenthümer gegenüber, nicht nur dem ersten Nehmer.[5]) Für Scripturen nimmt das H. G. B. als Eigenthümer jenen an, der redlich Eigenthumsbesitz von einem Legitimirten erworben hat (Art. 306, 307)[6]); für legitimirt aber gilt bei vollkommenen Inhaberpapieren immer der Detentor, bei vollkommenen Ordrepapieren dann, wenn er sich zugleich als äußerlich formgerechter Nehmer (Remittent, Indossatar) ausweisen kann (Art. 305).[7]) Dem Eigenthümer des Papieres bezw. dem redlichen Eigenthumsbesitzer von Scripturen darf und muß der aus der Urkunde Verpflichtete leisten, ohne eine weitere Legitimation verlangen zu dürfen oder verlangen zu müssen. Nur durch nachweisbaren dolus würde er dem wirklichen Eigenthümer schadenersatzpflichtig. Bei Scripturen kann der Aussteller dem Berechtigten (Gläubiger) nur jene Einreden entgegenstellen, die sich aus dem Papiere selbst, d. i. entweder aus dem Inhalte desselben oder aus den für solche Forderungen bestehenden speciellen Vorschriften ergeben[8]) (Art. 303, 304)[9]), bei anderen alle jene, die er sonst einer Forderung überhaupt entgegenstellen kann.

III. Der Aussteller bestimmt nicht nur die Circulationsfähigkeit des Papieres, sondern implicite auch die Art der Uebertragung des im Papiere verbrieften Rechtes durch die Art, wie er den Gläubiger im Papiere bezeichnet. Nennt er diesen im Papiere schlechthin mit Namen ohne eine weitere Clausel beizufügen (Rectapapiere), so bedarf es zur Uebertragung des aus dem Papiere geltend zu machenden Rechtes noch der Cession dieses Rechtes (§§. 1392 u. ff. a. b. G. B.). Fügt aber der Aussteller der Be-

---

5) Goldschmidt, Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 84 f., 100 ff.; Brunner im Handbuch II. §. 194 und in Ztschr. f. H. R. XXII. S. 90 ff., Verhandlungen des XVI. deutschen Juristentages (1882) S. 227—238, 338—340; Binding in Ztschr. f. H. R. X. S. 400 ff.; Felner, Rechtliche Natur der Inhaberpapiere (1888) S. 17 ff. — Uebersichten der neueren Theorien s. Goldschmidt, System §. 83a (4. Aufl.), in Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 64 ff., 116 ff., XXXVI. S. 124 ff., 596 ff., Hdb. d. H. R. (3. Aufl.) I. S. 385 ff. (1892) (Universalgeschichte des H. R.); Lehmann, Wechselrecht (1886) §§. 43—69, Theorie der Werthpapiere (1890); v. Canstein, W. R. §. 15 (1890); Grünhut in sein. Ztschr. XIX. S. 281 ff.; Hasenöhrl, Obl. R. II. §. 59.

6) Vgl. ung. H. G. §§. 299, 300, bosn. §§. 317, 318.

7) Ebenso §. 316 bosn. H. G., vgl. hiezu §§. 297 u. 298 ung. H. G.

8) Vgl. R. G. XVIII. S. 158.

9) Vgl. §. 296 ung. u. §. 315 bosn. H. G.

zeichnung des Gläubigers noch die Clausel „oder an Ordre", oder eine gleichwerthige Clausel bei, so ermächtigt er diesen zugleich zur weiteren Uebertragung des Papieres. Begrifflich stünde wohl nichts im Wege, daß auch hier die Uebertragung durch Cession geschähe, und daß, wer sich als Cessionar legitimiren kann, als aus dem Papiere berechtigter Gläubiger anzusehen wäre Der Verkehr schuf jedoch hier eine andere Form der Uebertragung. Wie der erste aus dem Papiere berechtigte Gläubiger auf dem Papiere selbst ersichtlich ist, so sollen auch seine Nachmänner auf demselben ersichtlich gemacht werden. Die hiefür gefundene Form ist das Indossament[10]), das darin besteht, daß der im Papiere bezeichnete Gläubiger als Indossant auf die Rückseite des Papieres oder auf ein mit demselben verbundenes Blatt (Allonge genannt) mit seiner Unterschrift versehen den Namen desjenigen setzt, dem er sein Recht übertragen will (Indossatar), eventuell unter Beifügung der Ordreclausel. Enthält das Indossament ausdrücklich die Worte „nicht an Ordre" oder sonst eine gleichbedeutende Clausel, so ist dies ein Rectaindossament (s. unten). Schreibt der Aussteller nur seinen Namen auf die Rückseite, ohne den neuen Gläubiger zu nennen[11]), oder nebst seinem Namen auch die Ordreclausel, aber auch diese ohne den Namen des Indossators[12]), so liegt ein Blancoindossament[13]) vor.

Soll aber das Indossament den oben bezeichneten Zweck, Uebertragung des im Papiere verbrieften Rechtes an einen neuen Gläubiger, erfüllen, so muß es mehr sein als eine bloße Legitimation für diesen; denn sonst

---

10) Zur Lehre vom Indossament insbes. zum Begriff desselben vgl. Thöl, H. R. II. Bd. §§. 108—129; Kuntze, Wechselrecht §. 17 u. in Endemann's Hdb. IV. Bd. 2. Abth. S. 42 ff.; Jolly im Arch. f. D. W. R. IV. S. 374 ff., V. S. 37 ff.; Kuntze, ebenda XII. S. 1 ff.; Hoffmann, ebenda XII. S. 113 ff.; Volkmar in Zeitschr. f. H. R. III. S. 119 ff.; Ladenburg ebda. V. S. 415 ff.; Renaud, W. R. §§. 49 ff.; Hartmann im Centr. Org. (N. F.) III. S. 327 ff.; Meier in Busch's Arch. XXXI. S. 356 ff.; Ladenburg ebenda XLII. S. 99 ff.; Grünhut, Die Wechselbegebung nach Verfall S. 10 ff.; Budde, Die rechtl. Natur des Wechselindossaments (1884). Vgl. auch G. Cohn, Internationales W. R. S. 126 ff.; Riesser, Beitr. z. Revision I. S. 144. Zur Geschichte des Indossaments vgl. Götz in der Encyclopädie von Ersch und Gruber unter „Giro"; Biener, Wechselrechtl. Abhandlungen S. 127 ff.; S. Borchardt und L. Jacobi in Weiske's Rechtslexikon XIV. S. 216 ff.; Hartmann, W. R. S. 245 ff.; Kuntze in Schletter's Jahrbuch der deutschen Rechtswissenschaft VI. S. 119 ff. und Deutsches W. R. S. 178 ff.; O. Wächter, Encycl. d. W. R. S. 478 ff.; Schaps, Zur Gesch. des Wechselindossaments (1892).

11) Vgl. Blaschke, Oesterr. W. R. (7. Aufl.) S. 131 Note 3; im Arch. f. W. R. IV. S. 343, VIII. S. 439; Kuntze im Hdb. a. a. O.; anders Thöl, H. R. II. (4. Aufl.) S. 483 u. 486 Note 12.

12) Vgl. Thöl, H. R. II. (4. Aufl.) S. 435 u. 436 Note 10 u. 12; Rehbein, W. O. (2. Aufl.) S. 28 Note 5; Wächter, W. R. des deutschen Reichs. S. 229. — Nicht zum Blancoindossament aber wird ein Ordreindossament durch Durchstreichen des Namens des Indossatars (vgl. R. O. H. G. XVI. S. 141; Blaschke a. a. O. S. 131 Note 2 und S. 132 Note 4).

13) Vgl. hiezu Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren S. 446 ff.; Jolly im Arch. f. W. R. V. S. 69 ff.; Thöl, H. R. II. Bd. S. 482 ff.; Cohn, Beitr. z. Lehre vom einheitl. W. R. S. 104, und Kuntze in Endemann's Hdb. IV. 2 §. 45.

würde es außer dem Indossamente immer noch einer Cession oder eines anderen die Uebertragung des Papieres bewirkenden civilen Rechtsgeschäftes bedürfen. Und in der That bestimmt auch das H. G. B. ausdrücklich, daß durch das Indossament das Ordrepapier an den Indossatar mit der Wirkung übertragen werden soll, daß der gutgläubige Indossatar als berechtigter Gläubiger aus dem Papiere anzusehen sei und geschützt werde. Nur, wer das Papier in bösem Glauben erworben hat oder wem bei dessen Erwerbung grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, muß dasselbe herausgeben (Art. 305 H. G. B. in Zusammenhang mit Art. 74 W. O.). Das Indossament ist für die vom H. G. B. als vollkommene Ordrepapiere anerkannten Papiere mehr als bloße Legitimation, es ist eine specielle Form der Eigenthumsübertragung, indem durch das Indossament der aus einer Urkunde Berechtigte sein Eigenthumsrecht bzw. seinen (gutgläubigen) Eigenthumsbesitz an dem Papiere und an dem mit diesem eng verbundenen Rechte an den Indossatar überträgt. Durch die im Indossament enthaltene Erklärung begibt sich der Indossant seines Eigenthums an dem Papiere und hiedurch seines Rechtes aus demselben zu Gunsten des Indossatars. Es ist eine rücksichtlich der Form qualificirte Tradition des Eigenthums, nicht aber obligationsrechtliche Uebertragung einer Forderung, nicht obligationsrechtliche Singularsuccession des Indossatars in das Recht des Indossanten.[14]) Das dem neuen Erwerber des Papieres gegen dessen Aussteller zukommende Recht steht ihm lediglich nur aus der Innehabung des Papieres zu, und sein Recht ist kein anderes als das in der Urkunde verbriefte, unabhängig von einer etwa zwischen dem Aussteller und dem früheren Inhaber der Urkunde getroffenen, aus der Urkunde selbst nicht erkennbaren Uebereinkunft. Deshalb darf der Aussteller dem Berechtigten, wie bereits oben betont wurde, nur solche Einreden entgegenstellen, welche sich aus dem Papiere selbst ergeben oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. (Art. 303, Abs. 2.) Wohl ist die in Form des Indossamentes vollzogene Eigenthumstradition Folge oder Ergebniß eines zwischen Indossant und Indossatar bestehenden Rechtsverhältnisses oder eines unter diesen abgeschlossenen Rechtsgeschäftes, das Rechtsverhältniß zwischen dem Indossatar und dem Aussteller des Papieres aber ist unabhängig hievon das scripturmäßige, das bei jedem neuen Erwerb des Papieres neu entsteht, während das Recht des Indossanten mit der Uebergabe des Papieres an dem Indossatar aufhört. Damit dies aber geschehen könne, bedarf es der Zustimmung des Ausstellers der Urkunde sowie einer die Entstehung des neuen Rechtes anerkennenden gesetzlichen Bestimmung. Beides trifft bei den hier in Betracht kommenden, weiter unten zu nennenden Papieren zu. Das H. G. B. gestattet nämlich für den Fall, daß der Aussteller der Urkunde seine Zustimmung zu deren Uebertragung durch Indossament durch

14) Goldschmidt, Syst. §. 83a und in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 111 ff.; ebenso Stobbe, Deutsches Privatr. III. S. 204; Pappenheim in Ztschr. f. H. R. XXXII. S. 332 ff., XXXIII. S. 444 ff.; Carlin ebenda XXXVI. S. 38, 39; vgl. R. G. IX. S. 245. — Vgl. auch obstg. Entsch. v. 1. März 1865 Z. 1621 in Allg. östr. G. Z. Nr. 32 v. 1865.

die Beisetzung der Worte „an Ordre“ oder einer gleichbedeutenden Clausel zum Namen des Gläubigers in der Urkunde erklärt hat, die Uebergabe nachstehender Papiere mit der oben dargestellten Wirkung durch Indossament, nämlich der Anweisungen und Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere ausgestellt sind, ohne daß darin die Verpflichtung zur Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist (Art. 301, Abs. 1.),[15]) dann der Connossamente der Seeschiffer, der Ladescheine der Frachtführer, der Auslieferungsscheine über Waaren und andere bewegliche Sachen, welche von einer zur Aufbewahrung solcher Sachen staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellt sind (Lagerscheine, Warrants), ferner der Bodmereibriefe und der Seeassecuranzpolicen (Art. 302)[16]) und überläßt es der Landesgesetzgebung, den Kreis dieser Papiere noch zu erweitern (Art. 304).

Erheblich mehr beschränkt ist die Bedeutung und Wirkung des Indossamentes bei auf Namen lautenden Actien und Actienantheilen der Commanditactien- und der Actiengesellschaften. Hier dient das Indossament lediglich dazu, um das Papier auf den Indossatar zu übertragen; zur Ausübung des Rechtes aus dem Papiere der Gesellschaft gegenüber bedarf es aber noch der Eintragung in das Actienbuch, weßhalb der Uebergang des Eigenthums der Actie auf einen neuen Erwerber unter Vorlegung der Actie und des Nachweises des Ueberganges behufs Eintragung in das Actienbuch anzumelden ist. Die privatrechtliche Function des Papieres besteht hier darin, daß ohne Uebertragung des Papieres das Recht aus demselben nicht übertragen werden kann, daß dasselbe aber für die Ausübung des Rechtes nur als Legitimation dient. (Art. 182, 183, 223.) Indem hier behufs Eintragung des neuen Eigenthümers in das Actienbuch der Nachweis des Ueberganges der Actie gefordert wird, schwächt sich die Wirkung des Indossamentes ab, und es kann insbesondere der oben besprochene ausgiebige Schutz des gutgläubigen Eigenthumsbesitzers nicht platzgreifen.[17]) Diese Papiere werden unvollkommene (auch hinkende) Ordrepapiere genannt, da ihnen nicht die volle rechtliche Bedeutung wie den vollkommenen Ordrepapieren zukommt. Ihrem Inhalte nach enthalten und übertragen die oben erwähnten unvollkommenen Ordrepapiere Mitgliedschafts- und Theilhaberschaftsrechte, sohin nicht nur ein bestimmtes Recht, sondern einen ganzen Complex von Rechten.[18])

Für die Form des Indossamentes gelten nach Art. 182, 305 H. G. B. für alle Ordrepapiere, für die unvollkommenen, wie für die vollkommenen, die betreffenden Vorschriften der Wechselordnung. Hienach muß das Indossament, wie bereits oben erwähnt wurde, auf die Rückseite des Werthpapieres oder auf eine Copie desselben oder auf ein mit dem Werthpapiere oder

15) Vgl. ung. H. G. §. 294, bosn. §. 313. [§. 314.
16) Vgl. ung. H. G. §. 295, bosn.
17) Aehnlich bei Kuxscheinen und deutschen Reichsbankscheinen.

18) Vgl. hierüber V. H. Behrend, Die unvollkommenen Ordrepapiere, insbesondere die indossable Namenactie (Diss.), Berlin (Leipzig) 1892.

der Copie verbundenes Blatt (Alonge) geschrieben werden. (Art. 11 W. O). Ein Indossament ist aber auch dann giltig, wenn der Indossant nur seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite des Papieres oder auf die Copie oder auf die Alonge schreibt, ohne einen Indossatar namhaft zu machen (Blancoindossament; Art. 12 W. O.). Jedoch muß, damit das Recht aus dem Papier geltend gemacht werden könne, dieses Indossament ausgefüllt werden. Jeder Inhaber des mit Blancoindossament versehenen Papieres (d. i. jeder gutgläubige Eigenthumsbesitzer) ist befugt, seinen Namen als Indossatar einzusetzen, oder das Papier auch ohne diese Ausfüllung weiter zu indossiren (Art. 13 W. O.). Durch Beisetzung des Blancoindossaments aber wird das Ordrepapier nicht zum Inhaberpapiere, wenngleich dasselbe auch vom Augenblicke der Beisetzung des Blancoindossaments bis zum Ausfüllen desselben oder bis zur vollständigen Weiterindossirung den Charakter eines Inhaberpapieres trägt. Die inzwischen in der Innehabung des Papieres eingetretenen Aenderungen sind auf dem Papiere nicht ersichtlich, denn der das Blancoindossament ausfüllende Inhaber kann, muß aber nicht derjenige sein, der das Papier unmittelbar vom Blancoindossatar empfangen hat.[19]) Da, wie oben gezeigt wurde, kraft der Erklärung des Ausstellers, an den genannten Gläubiger oder an dessen Ordre zu zahlen, das Recht aus dem Papiere zugleich mit dem Eigenthume oder dem gutgläubigen Eigenthumsbesitze an dem Papiere nicht nur neu, sondern auch scripturmäßig d. i. dem vollen Inhalte der Urkunde gemäß entsteht, so muß sich das Recht des neuen Erwerbers (d. i. des ersten Indossatars), obgleich neu entstanden, nach Inhalt und Umfang mit jenem des in der Urkunde genannten Berechtigten decken, sowie auch die Verpflichtung des Ausstellers unverändert aufrecht bleibt. Es ist in dieser Hinsicht, als ob ein Wechsel nicht eingetreten wäre; dies gilt insbesondere bei zeitlich begrenzten oder fixirten Verpflichtungen. Die Schuld ist ohne Rücksicht auf den eingetretenen Wechsel in der Innehabung des Papiers fällig, wenn sie nach dem Inhalte der Urkunde fällig ist. Denn „diese allein enthält die lex obligationis".[20]) Hieraus ergibt sich auch die Berechtigung des Indossatars, das Papier mittels Indossamentes weiter zu übertragen, ohne daß es hiezu der ausdrücklichen Beisetzung der Ordreclausel zum Namen des Indossatars bedürfte, sowie auch oberwähnte Berechtigung des Inhabers des mit einem Blancoindossamente versehenen Papieres zur Ausfüllung des Blancoindossamentes bzw. zur Weiterindossirung; ebenso ergibt sich hieraus, daß der Indossant der in Rede stehenden Werthpapiere dem Indossatar die Befugniß, weiter zu indossiren, dadurch nicht nehmen kann, daß er ausdrücklich im Indossamente dem Namen des Indossatars die Worte „nicht an Ordre" oder einen gleichbedeutenden Zusatz beifügt (Rectaindossament), da hierin eine Veränderung des scripturmäßigen Inhaltes des

---

19) Nach Art. 36 W. O. wird, wenn auf einem Blancoindossament ein weiteres Indossament folgt, angenommen, daß der Aussteller des letzteren den Wechsel durch das Blancoindossament erworben hat.

20) v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 303.

aus der Urkunde sich ergebenden Rechtsverhältnisses, der Rechte und Pflichten des Ausstellers und des aus dem Papiere Berechtigten läge.[21]) Wohl aber hat beim Rectaindossament derjenige, welcher das Papier vom Indossatar erhalten hat, keinen Regreß gegen den Indossanten (vgl. Art. 15 W. O.).

In Betreff der Legitimation des Inhabers und der Prüfung dieser Legitimation gelten bei vollkommenen Ordrepapieren die diesbezüglichen im Art. 36 der Wechselordnung gegebenen Bestimmungen. Hienach legitimirt sich der Inhaber eines indossirten Papieres durch eine zusammenhängende, bis auf ihn heruntergehende Reihe von Indossamenten als Eigenthümer des Papieres. Das erste Indossament muß sohin mit dem Namen des Remittenten, d. i. des ersten Gläubigers, jedes folgende mit dem Namen desjenigen unterzeichnet sein, welchen das unmittelbar vorausgehende Indossament als Indossatar bezeichnet.[22]) Ausgestrichene Indossamente werden bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen.

Für die unvollkommenen Ordrepapiere sind diese Bestimmungen der W. O. im H. G. B. nicht bezogen, daher auch nicht anwendbar. Wohl aber gilt allen Ordrepapieren gemeinsam die Bestimmung, daß der Zahler derselben bezw. bei Actien, die auf Ordre ausgestellt sind, die Actiengesellschaft zur Prüfung der Legitimation nicht verpflichtet ist (Art. 305 H. G. B. im Zusammenhang mit Art. 36 W. O.; Art. 183, 223 H. G. B.).

Was endlich die Uebertragung der **Inhaberpapiere**[23]) und des

21) Vgl. v. Hahn, Comm. § 6 zu Art. 303; Anschütz u. Völdernd orff, Comm. III. S. 137, 138; Puchelt, Comm. II. Nr. 6 zu Art. 303; anders Brunner in Endemann's Hdb. II. §. 198.

22) Hieraus erklärt sich auch die in Note 19 erwähnte Präsumtion des Art. 36 W. O.

23) Außer der oben in §. 100 Note 1 angegebenen Literatur vgl. insbes. Thöl, H. R. II. §. 222; Endemann, H. R. §. 108; Gareis, H. G. §. 79; Dernburg, Preuß. Pr. R. II. §. 88; Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren; v. Savigny, Obl. R. II. S. 93ff; Renaud in Ztschr. f. H. R. I. S. 461 ff. und in Zeitschrift für deutsches Recht XIV. S. 315ff.; Unger, Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere (1857); Binding in Ztschr. f. H. R. X. S. 400 ff.; Mandry, Der civilrechtl. Inhalt d. Reichsges. S. 169; v. Poschinger, Die Lehre von der Befugniß zur Ausstellung von Inhaberpapieren (1870); Stein, Skizze einer Theorie der Inhaber- und Ordrepapiere (1871); Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) S. 108 ff.; Beisert, Materialien zur Frage der übereinstimmenden Gesetzgebung der Inhaberpapiere (1879); Pappenheim, Begriff und Arten der Papiere auf Inhaber (Diss. 1881); Fellner, Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere (Diss. 1888); Fuchs, Die Karten oder Marken des tägl. Verkehrs (1881); Koch, Vortr. u. Aufs. S. 87; Marsson, Die Außercurssetzung der Inhaberpapiere (1887); Hafner in Ztschr. f. schweiz. R. (N. F.) VII. S. 68; Rösler in Ztschr. f. H. R. V. S. 327 ff.; Marcus ebda. XXVI. S. 16 ff.; Riesser ebda. XXVIII. S. 56 ff.; König, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren. Zur Geschichte der Inhaberpapiere vgl. außer den in §. 100 Note 1 Citirten noch insbes. Kuntze a. a. O. und in Ztschr. f. H. R. II. S. 570 ff., V. S. 198 ff.; Duncker in Ztschr. f. deutsches R. V. S. 30 ff.; Eigenbrodt im Jahrb. f. Dogmatik II. S. 181 ff.; Euler in Ztschr. f. H. R. I. S. 63 ff.; Platner im Arch. f. civ. Praxis XLII. S. 111 ff.; Stobbe in Ztschr. f. H. R. XI. S. 397 ff. und XXV. S. 181 f.; v. Poschinger, Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere in Deutschland (1875).

in denselben verbrieften Rechtes betrifft, so gilt nach den oben aufgestellten allgemeinen Grundsätzen für formalrechtliche Werthpapiere auch hier der sachenrechtliche Eigenthumserwerb an dem Papiere als Erwerb des in demselben verbrieften Rechtes. Mit dem Papiere selbst geht auch das Recht aus demselben an den neuen Erwerber über. Nach dem Inhalte der Urkunde genügt zur Geltendmachung des Rechtes die Innehabung des Papieres; eines Indossamentes bedarf es bei handelrrechtlichen Inhaberpapieren nicht.[23a]) Auch hier wird der gutgläubige Eigenthumsbesitz geschützt. Insbesondere wird an Inhaberpapieren auch dann durch Kauf Eigenthum erworben, wenn der Verkäufer unredlicher Weise in ihren Besitz gelangt ist (Art. 307). Nur dem schlechtgläubigen Erwerber kann die exceptio doli entgegengesetzt werden. Abgesehen hievon können auch hier dem präsentirenden Inhaber des Papieres nur solche Einreden entgegengesetzt werden, welche sich aus dem Inhalte des Papieres, oder gegen dessen Rechtsgiltigkeit ergeben, oder welche dem Aussteller unmittelbar gegen den präsentirenden Gläubiger entgegenstehen.

Durch gegenseitige Uebereinkunft zwischen Schuldner und Inhaber kann das Inhaberpapier in ein Namenpapier umgewandelt d. h. vinculirt werden, was aber auf der Urkunde vermerkt werden muß. Dadurch wird der Schuldner zur Prüfung der Legitimation des Präsentanten verpflichtet.

IV. Mit dem Untergange des Papieres erlischt ipso iure das in demselben beurkundete Recht; der Gläubiger müßte sohin dieses Rechtes auch im Falle des Verlustes des Papieres verlustig werden. Aus Billigkeitsrücksichten ist aber hier durch gesetzliche Bestimmung eine Art restitutio in integrum gestattet. Diese erfolgt im Wege des sog. Amortisationsverfahrens.[24]) Nach §. 1428 a. b. G. B.[25]) hat der Schuldner im Falle des Verlustes des Schuldscheines das Recht, vom Gläubiger Sicherstellung zu fordern oder den Schuldbetrag gerichtlich zu hinterlegen oder die Amortisation zu verlangen. Hinsichtlich letzterer bestimmt Art. 305 H. G. B.,

---

23a) Obstg. Erk. v. 10. Nov. 1869 Z. 10010 in Allg. Oestr. G. Z. Nr. 9 v. 1870.

24) Vgl. hiezu Kuntze, Inhaberpapiere S. 568 ff.; Savigny, Obl. R. II. S. 185; v. Rohrstoff in Verhandl. d. VII. deutschen Juristentages S. 123 ff.; Löhr ebda S. 168; Wolff in Ztschr. f. H. R. VII. S. 41 ff.; Keyßner in Busch's Arch. VI. S. 231 ff., in v. Holtzendorff's Rechtslexikon unter „Außercurssetzung" und in Ztschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege in Preußen II. S. 112; Saling, Börsenpapiere I. S. 280; Beisert, Materialien ꝛc. S. 20; Dernburg, Pr. Pr. R. II. S. 214; Goldschmidt, H. R. I. S. 1201 und in Ztschr. f. H. R. IX. S. 62; Renaud in Ztschr. f. deutsches Recht XIV. S. 362; Stein, Skizze einer Theorie d. Ordre- u. Inhaberpapiere S. 112; Brunner in Endemann's Hdb. II. §. 199; Marsson, Die Außercurssetzung der Inhaberpapiere nach preuß. R., 1887 (vgl. hiezu Koch im Finanzarchiv V. Jahrg. I. Bd. S. 489 ff.); Pappenheim, Ztschr. f. H. R. XXXIV. S. 609 ff.; Keyßner in Busch's Arch. VI. S. 230 ff. Vgl. auch Merfeld in Gruchot's Beitr. XXXII. S. 278 ff. Die östr. rechtl. Vorschriften über den Gerichtsstand der Amortisirung (§§. 32 u. 60 Jurisd. N. u. Nachtragsgesetze) s. im VI. Bd. der Manz'schen Ges. Slg. bei §. 32 J. D. N. und jene über den Gegenstand der Amortisirung und das Verfahren dabei s. III. Bd. derselben Sammlung Anhang IV.

25) Vgl. v. Stubenrauch, Comm. z. a. b. G. B. (bearbeitet von Schreiber u. Schuster) II. zu §. 1428.

daß sie für die oben erwähnten nach Art. 301 u. 302 indossirbaren Papiere nach den Bestimmungen des Art 73 der W. O., sonst nach den Bestimmungen des Landesrechtes zu geschehen hat. Nach Art. 73 der W. O. kann der Eigenthümer eines abhanden gekommenen Papieres dessen Amortisation beim Gerichte des Zahlungsortes verlangen. Hierüber ist vom Gerichte ein Edict mit der Aufforderung an den Inhaber des Papieres, das Papier dem Gerichte vorzulegen, zu erlassen und darin eine Frist von 45 Tagen zu bestimmen, und deren Anfang, wenn die Schuld noch nicht fällig ist, auf den ersten Tag nach dem Fälligkeitstage anzusetzen. Bei den anderen Urkunden ist die Amortisation nach §. 32 der J. D. N. bei dem competenten Bezirksgerichte anzusuchen, und in jenen Orten, wo ein Gerichtshof erster Instanz sich befindet, bei diesem selbst (§. 12 J. D. N.). Die Amortisationsfrist für diese Urkunden beträgt nach Hofdecret vom 15. März 1784 Nr. 262 J. G. S. ein Jahr sechs Monate und drei Tage.

Desgleichen geht das in dem Papier verbriefte Recht und hiemit der Werth und die Bedeutung des Werthpapieres unter durch die Erfüllung der Verpflichtung seitens des Ausstellers oder Acceptanten an den Berechtigten. Jedoch ist der Schuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Papieres zu zahlen verpflichtet (Art. 303).[26])

---

26) Diese Bestimmung bezieht sich aber nur auf die Papiere des Art. 301 u. 302 H. G. B., nicht auf alle Schuldscheine aus Handelsgeschäften (Staub, Comm. §. 5 zu Art. 303; A. A. Gareis-Fuchsberger, Comm. Note 191 zu Art. 303).

III. Buch.

Die Handelsgeschäfte

(Handels-Obligationenrecht).

§. 103.

I. Begriff und Arten der Handelsgeschäfte.[1])

I. Das Handelsgesetzbuch enthält keine Definition des Begriffes der Handelsgeschäfte; aber dennoch läßt sich von einem gesetzlichen Begriffe des Handelsgeschäftes sprechen im Gegensatze zu dem weiteren Begriffe, der alle mit dem Handel nur irgendwie im Zusammenhang stehenden Geschäfte umfassen würde. Gemäß dem oben (§. 1) entwickelten Begriffe des Handels als des entgeltlichen Mobiliarverkehres unter Lebenden ergeben sich für den Begriff des Handelsgeschäftes drei Kriterien: vermögensrechtlicher Inhalt, directer oder indirecter Erwerbszweck, Verfügung unter Lebenden.[2]) Nur direct oder indirect auf Erwerb abzielende Verfügungen vermögensrechtlichen Inhaltes unter Lebenden können Handelsgeschäfte sein. Verfügungen auf den Todesfall (Testamente, Legate), Verfügungen, die nicht dem Vermögensrechte angehören (wie Ehe, Adoption), sowie Liberalitätsacte, mögen sie auch durch den Betrieb eines Handelsgewerbes veranlaßt und durch Gewinnabsicht hervorgerufen sein, können doch niemals Handelsgeschäfte im Sinne des Handelsrechtes und des Handelsgesetzbuches sein. Hienach ist aber auch der Begriff des Handelsgeschäftes nicht auf gewerbsmäßige Geschäfte und auch nicht auf Geschäfte von Kaufleuten eingeschränkt; auch nicht-gewerbsmäßige Geschäfte von Nichtkaufleuten werden vom H. G. B. als Handelsgeschäfte aufgezählt; ja die im H. G. B. (Art. 271—273)[3]) aufgestellte Eintheilung der Handelsgeschäfte beruht gerade auf der Unterscheidung, ob dieselben gewerbsmäßigen Betrieb oder Kaufmannsqualität voraussetzen oder ob sie auch unabhängig davon Handelsgeschäfte sind. Nur wenige Geschäfte sind Handelsgeschäfte schon an und für sich, ohne Rücksicht auf einen gewerbsmäßigen Betrieb und ohne Rücksicht darauf, ob der, welcher sie abschließt,

---

1) Vgl. außer den Commentaren zum H. G. B. zu Art. 271 ff. insbes. noch Thöl, H. R. I. §§ 25—37; Goldschmidt, H. R. I. §§. 40—59; Behrend, H. R. I. §§. 22—31; Endemann im Hdb. I. §§. 13—18 und H. R. (4. Aufl.) §. 91; Dernburg, Preuß. Privatr. (4. Aufl.) II. §§. 4—9. H. G. B. Art. 271 bis 275, ung. H. G. §§. 258—262, bosn. §§. 282—286.

2) Dernburg, Pr. Pr. R. II. §. 5.

3) Ebenso ung. H. G. §§. 258—262, bosn. 282—286.

Kaufmann ist oder nicht. Das H. G. B. führt als solche in Art. 271[4]) an: 1. Anschaffung zum Zwecke der Weiterveräußerung, 2. die Uebernahme einer Lieferung, 3. die Uebernahme einer Versicherung, 4. Uebernahme der Beförderung von Gütern und Reisenden zur See und das Darlehen gegen Verbodmung; und das österr. Börsengesetz vom 1. April 1875 Nr. 67 R. G. Bl. (§§. 12 und 14) fügt noch 5. die Börsengeschäfte hinzu. Diese Geschäfte gelten zufolge ihres objectiven Thatbestandes[5]) als Handelsgeschäfte; sie werden daher **objective** (auch absolute) Handelsgeschäfte genannt. Andere Geschäfte hingegen sind nicht immer und nicht unter allen Umständen Handelsgeschäfte, sondern nur dann, wenn sie gewerbsmäßig betrieben oder zwar einzeln, aber von einem Kaufmanne im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden. Als solche führt Art. 272 Abs. 1 H. G. B. an: 1. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, 2. Bankier- und Geldwechslergeschäfte, 3. die Geschäfte des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers, sowie der für den Personentransport bestimmten Anstalten, 4. die Vermittelung oder Abschließung von Geschäften für andere Personen mit Ausschluß der amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler, 5. die Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels und der Druckereien.[6]) Hieher werden nach herrschender Ansicht[7]) auch noch 6. die zum Geschäftsbetriebe der öffentlichen Lagerhäuser gehörenden Geschäfte gerechnet (§. 6 Lagerhausgesetz v. 28. April 1889 Nr. 61 R. G. B.). Bei dieser Gruppe von Geschäften tritt nämlich eines der drei oben genannten zum objectiven Thatbestande eines Handelsgeschäftes erforderlichen Kriterien, nämlich die Erwerbsabsicht, erst dann erkennbar hervor, wenn diese Geschäfte gewerbsmäßig betrieben oder zwar einzeln, aber von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes gemacht werden. Bei einem vereinzelt von einem Nichtkaufmanne abgeschlossenen Geschäfte tritt das speculative Moment des Geschäftes, die Erwerbsabsicht nicht deutlich und klar hervor, ja es liegt unter Umständen überhaupt keine Erwerbsabsicht vor. Der Künstler, der nur vereinzelt einmal aus einem bestimmten Anlasse gegen Lohn (durch Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen) ein Kunstproduct liefert, thut dies nicht nothwendig in speculativer Erwerbsabsicht, sondern es können ihn

4) Hiemit übereinstimmend ung. H. G. §. 258, bosn. 282.

5) **Behrend**, H. R. I. §. 22 (S. 88).

6) Das ung. H. G. (§. 259) und das bosn. herceg. (§. 283) zählen außerdem noch hieher die Geschäfte der öffentlichen Lagerhäuser und die Geschäfte jener Producenten, die ihre eigenen Producte bearbeiten oder verarbeiten, und die Geschäfte der Montanindustrie, insofern ihr Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht; unterlassen es jedoch eine Ausnahme rücksichtlich der amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler aufzustellen.

7) So K. **Adler**, Lagerhausrecht §§. 10 u. 28; Koch in Busch's Arch. XLVIII. S. 23 ff; **Rießer**, Zur Revision des H. G. B. II. S. 204 ff.; anders **Hecht**, Die Warrants (1884); **Ebermann**, Lagerhäuser und Warrants (1876), welche die Lagerhausgeschäfte unter die absoluten Handelsgeschäfte des Art. 271 reihen. Vgl. **Simonson**, Das östr. Warrantrecht S. 43; rücksichtlich des ung. und bosn. H. R. s. Note 6.

sogar ausschließlich über jede materielle und reale Erwerbsabsicht erhabene, ideale Motive, die der Augenblick, sein inneres Gefühl, Patriotismus oder sein künstlerischer Sinn in ihm erzeugen, zu seiner Arbeitsleistung veranlaßt haben; der Handwerker, der (bei seiner entgeltlichen Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen) sich mit dem Kleinbetriebe begnügt, sucht in der Regel aus dem Gewerbebetriebe nur seinen Lebensunterhalt zu verdienen; wer vereinzelt einmal einen Anderen anweist, anstatt seiner zu zahlen, kann dies ganz wohl ohne Gewinnabsicht, bloß zur Vereinfachung vorliegender Rechtsverhältnisse oder ihrer Erfüllung, oder auch nur aus dem wirthschaftlichen Bedürfnisse thun, um sich von der Erfüllung einer Schuld zu befreien; wer vereinzelt einmal creditirt oder Geld wechselt, kann dies sogar ganz ohne eigenes Interesse, aus bloßer Gefälligkeit für den Mitcontrahenten thun; ebenso, wer vereinzelt einmal als Commissionär, Spediteur oder Frachtführer auftritt; wissenschaftliche Institute oder Vereine, welche vereinzelt einmal ein hervorragendes oder für sie bedeutsames wissenschaftliches Werk behufs Vervielfältigung und Weiterverbreitung verlegen, handeln nur zur Förderung der Wissenschaft oder des Vereinszweckes, nicht aber um aus diesem Geschäfte einen Erwerb zu machen, zumal sie oft schon im vorhinein erkennen, daß der Ertrag des Geschäftes nicht einmal seine Kosten decken wird. Wohl aber liegt den oben im Sinne des H. G. B. zur zweiten Gruppe von Handelsgeschäften zusammengefaßten Geschäften speculative Erwerbsabsicht nur dann offensichtlich und zweifellos zu Grunde, wenn sie gewerbsmäßig betrieben werden, denn gewerbsmäßiger Betrieb setzt dauernde Erwerbsabsicht voraus. Diesfalls liegt sohin für die in Rede stehenden Geschäfte der objective Thatbestand eines Handelsgeschäftes vollständig und zweifellos erkennbar vor. Das H. G. B. anerkennt die in Rede stehenden Geschäfte aber auch dann als Handelsgeschäfte, „wenn sie zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden" (Art. 272 Abs. 2); denn was immer ein Kaufmann im Betriebe seines Gewerbes unternimmt, das unternimmt er wohl in der seinem ganzen Gewerbe zu Grunde liegenden Erwerbsabsicht, die sein ganzes geschäftliches Handeln beherrscht und leitet. Die Absicht des Kaufmannes, ein seinem Handelsgewerbe nicht zugehöriges Geschäft in den Bereich desselben aufzunehmen, äußert sich, wie v. Hahn[8]) ausführt, darin, daß er dasselbe in der üblichen kaufmännischen Weise und unter Gebrauch seiner Firma abschließt und erfüllt, dabei sein Handlungspersonal und die Anstalten seines Gewerbes benutzt, das Geschäft in seine Handelsbücher einträgt und insbesondere die erforderlichen Gelder aus seinem Handlungsfonde entnimmt und den aus dem Geschäfte hervorgehenden Gewinn dem Handlungsfonde zuzuführen beabsichtigt, welches letztere Moment so sehr als das maßgebende betrachtet werden kann, „daß, wo es erweislich fehlt, die anderen Momente nicht mehr von Bedeutung sind."[9]) Werden nun die oben als zweite Gruppe

---

8) Comm. II. §. 23 zu Art. 272.
9) v. Hahn, Comm. a. a. O. (2. Aufl.) S. 42.

von Handelsgeschäften erwähnten Geschäfte von einem Kaufmanne in dieser Weise im Betriebe seines (auf andere Geschäfte gerichteten) Handelsgewerbes unternommen, so tritt bei denselben nach obigem das zum objectiven Thatbestande eines Handelsgeschäftes erforderliche Merkmal der Erwerbsabsicht klar hervor, und deßhalb anerkennt sie das Gesetz auch in diesem Falle als Handelsgeschäfte. Die Geschäfte dieser zweiten Gruppe werden im Gegensatze zu den absoluten oder objectiven Handelsgeschäften der ersten Gruppe relative oder subjective Handelsgeschäfte genannt. Die objectiven und subjectiven Handelsgeschäfte werden, insofern sie Gegenstand eines selbständigen Gewerbebetriebes sein können, und insofern ihr gewerbsmäßiger Betrieb Kaufmannsqualität verleiht, auch Grundgeschäfte des Handels genannt[9a]) (s. oben §. 17 Nr. 2 und hier unter II.).

II. Zur Erreichung des einem Handelsgewerbe gesetzten Zweckes bedarf es außer dem den Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes ausmachenden Geschäfte noch anderer Geschäfte, welche den Betrieb des Handelsgewerbes ermöglichen, erleichtern und sichern. Diese Geschäfte werden nur in dieser Absicht abgeschlossen, und gehören daher durch die Richtung, in welcher sie abgeschlossen werden, zum betreffenden Handelsgewerbe[10]), werden daher auch aus der das ganze geschäftliche Handeln des Kaufmannes beherrschenden Tendenz, der Erwerbsabsicht, unternommen. Auch solche Geschäfte erklärt das H.G.B. als Handelsgeschäfte (Art. 273 Abs. 1).[11]) Sie sind gleich der oben besprochenen zweiten Gruppe nicht schlechthin Handelsgeschäfte, sondern nur zufolge ihrer Zugehörigkeit zum betreffenden Handelsgewerbe des Kaufmannes, also nur relative oder subjective Handelsgeschäfte, aber von den relativen (subjectiven) Grundhandelsgeschäften darin unterschieden, daß sie nicht Gegenstand eines selbständigen Handelsgewerbes sein können, sondern nur durch die Zugehörigkeit zu einem anderen Handelsgewerbe Handelsgeschäfte werden, sohin gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften, Kaufmannseigenschaft voraussetzen. Sie werden daher auch a b g e l e i t e t e H a n d e l s g e s c h ä f t e genannt. Indem sie zugleich als Zusatz (Accessorium) zum einzelnen Handelsgewerbebetriebe (d. i. dem Grundgeschäfte des einzelnen Kaufmannes) erscheinen, heißen sie auch a c c e s s o r i s c h e Handelsgeschäfte, und sofern sie den regelmäßigen Gewerbebetrieb des Kaufmannes unterstützen und fördern, heißen sie H i l f s g e s c h ä f t e, und weil sie n e b e n dem Hauptgeschäfte (Grundgeschäfte des concreten Handelsgewerbes) nur gelegentlich und vereinzelt betrieben werden, N e b e n g e s c h ä f t e.[12]) Das H. G. B. führt als Beispiele solcher accessorischer Geschäfte die gewerbliche Weiterveräußerung der zu diesem Zwecke angeschafften Waaren, beweglichen Sachen

9a) v. Hahn, Comm. II. Vorbem. z. 1. Abschn. des I. Tit. d. IV. Buches d. H. G. B. §§. 1 u. 2.

10) v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 273.

11) Vgl. ung. H. G. §. 260 Abs. 1, bosn. §. 284 Abs. 1.

12) Siehe G o l d s c h m i d t, H. R. I. §. 42; G a r e i s, H. R. §. 10 (4. Aufl.) S. 63 ff.; v. K r ä w e l, Comm. Anm. 1 zu Art. 273, woselbst er „kaufmännische Verträge" statt Handelsgeschäfte vorschlägt (vgl. übrigens Art. 274, „die von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge"); v. S t u b e n r a u c h, H. R. §. 147 Nr. 2.

und Werthpapiere mit Ausnahme der von Handwerkern nur in Ausübung ihres Handwerkbetriebes vorgenommenen Weiterveräußerungen, dann die Anschaffung von Geräthen, Material und anderen beweglichen Sachen, welche bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt oder verbraucht werden sollen, an (Art. 273 Abs. 2 u. 3).[13]) Mit Rücksicht darauf, daß die Entscheidung darüber, ob ein von einem Kaufmanne geschlossenes Geschäft zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört oder nicht, mitunter sehr schwierig ist, stellt das Gesetz die Präsumtion auf, daß im Zweifel von einem Kaufmanne geschlossene Geschäfte[14]) als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig anzusehen sind, und daß insbesondere von einem Kaufmanne gezeichnete Schuldscheine, sofern sich nicht aus ihrem Inhalte das Gegentheil ergibt, als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet anzusehen sind (Art. 274).[15]) Hiedurch ist aber keine besondere Art von Handelsgeschäften geschaffen, sondern nur eine Interpretationsregel für den Fall des Zweifels und für Schuldscheine, nicht neue, besondere Kriterien, sondern nur eine Präsumtion für das Vorhandensein der sonstigen gesetzlichen Erfordernisse eines accessorischen Handelsgeschäftes; und insoferne als dies hiemit angezeigt werden soll, läßt sich von präsumtiven Handelsgeschäften sprechen.

III. Je nachdem die Kriterien, nach welchen sich der Begriff der Handelsgeschäfte bestimmt, bei beiden Contractstheilen oder nur auf einer Seite vorhanden sind, wird zwischen beiderseitigen[16]) (auch zweiseitige Handelsgeschäfte genannt) und einseitigen Handelsgeschäften unterschieden. Damit ein Geschäft ein beiderseitiges Handelsgeschäft sei, genügt, daß das Geschäft auf beiden Seiten als solches präsumirt wird. Daher sind Geschäfte zwischen Kaufleuten in der Regel beiderseitige Handelsgeschäfte, sei es wegen ihrer Eigenschaft als Grundgeschäfte, sei es als Accessorien des beiderseitigen Handelsgewerbes, sei es infolge der Präsumtion des Art. 274. Rechtsgeschäfte zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten können nur dann beiderseitige Handelsgeschäfte sein, wenn sie auf Seite des Nichtkaufmannes, solche unter Nichtkaufleuten nur, wenn sie auf beiden Seiten objective Handelsgeschäfte sind. Die Bedeutung dieses Gegensatzes ist durch die Bestimmung des Art. 277[17]), daß auch bei jedem nur einseitigen Handelsgeschäfte die Bestimmungen des vierten Buches des H. G. B. auf beide Theile gleichmäßig Anwendung finden, sofern nicht das Gesetz anderes

13) Auch nach ung. H. G. (§. 260 Abs. 2) und nach bosn. (§. 284 Abs. 2) gehören nicht hieher die von Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehenen Weiterveräußerungen.

14) In Art. 274 „die von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge“.

15) Ebenso §. 261 ung. und §. 285 bosn. H. G.

16) Der Ausdruck „beiderseitige Handelsgeschäfte“ (v. Hahn, Comm. II. §. 4 der Vorbemerkung zum 1. Abschn. des 1. Titels des 4. Buches des H. G. B.) ist dem Ausdrucke „zweiseitige Handelsgeschäfte“ vorzuziehen (vgl. hiezu Thöl, H. R. I. §. 36). Das einseitige Handelsgeschäft, z. B. Kauf, kann ein zweiseitiger Vertrag, und ein einseitiger Vertrag, z. B. Darlehen, kann ein beiderseitiges Handelsgeschäft sein (Goldschmidt, H. R. I. §. 45, in 2. Aufl. S. 498; Thöl, H. R. I. §. 36 Note 2). Auch das H. G. B. gebraucht im Art. 289, 309, 310, 311, 313 den Ausdruck beiderseitige Handelsgeschäfte.

17) Ebenso §. 264 ung. und §. 288 bosn. H. G.

verfügt, sehr herabgemindert. Ausdrücklich gewährt das Gesetz das Recht auf Zinsen von fälligen Forderungen ohne Verabredung oder Mahnung, das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht nur für beiderseitige Rechtsgeschäfte unter Kaufleuten (Art. 289, 309—311, 313—316). Das Recht auf Zinsen für den Ueberschuß aus dem Contocurrentverhältnisse anerkennt das Gesetz nur unter Kaufleuten (Art. 291).[18]) Das Recht auf Provision für besorgte Geschäfte oder geleistete Dienste bezw. auf Lagergeld für Aufbewahrung einer Waare, das Recht auf Zinsen von Darlehen, Vorschüssen, Auslagen gewährt das Gesetz nur dem Kaufmann, u. z. auch gegenüber dem Nichtkaufmanne (Art. 290).[19]) Nur dem Kaufmanne gegenüber können von Darlehen oder Schulden aus dessen Handelsgeschäften höhere als sechspercentige Zinsen bedungen werden (Art. 292 Abs. 2).[20]) Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, die von einem Kaufmanne in seinem Handelsgewerbe ausgeht, erlischt nicht durch dessen Tod, außer es wäre gewollt (Art. 297).[21]) Nur ein Kaufmann kann sich durch Acceptation einer Anweisung verpflichten (Art. 300)[22]), nur für Kaufleute gilt der stärkere Schutz des gutgläubigen Eigenthumsbesitzes nach Art. 306[23]), nur für Kaufleute gelten einige Besonderheiten in der Lehre von der Offerte (Art. 323).[24]) Wenn zwei oder mehrere Personen einem Dritten gegenüber in einem Geschäfte, welches auf ihrer Seite Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingehen, so sind sie als Solidarschuldner zu betrachten, sofern nicht anderes vereinbart wurde (Art. 280).[25]) Dem Solidarschuldner aus Handelsgeschäften oder infolge einer im H. G. selbst statuirten solidarischen Verpflichtung, und dem Bürgen bei einem Geschäfte, welches auf Seite des Hauptschuldners Handelsgeschäft ist, oder wenn die Bürgschaft selbst Handelsgeschäft ist, stehen die beneficia divisionis et excussionis nicht zu (Art. 281).[26]) Wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite Handelsgeschäft ist, verpflichtet ist, muß die diligentia eines ordentlichen Kaufmannes anwenden (Art. 282).[27]) Das Recht, für eine fällige Forderung nach Handelsrecht vom Tage der Mahnung an, wofür aber die Uebersendung der Rechnung nicht gilt, nach bürgerlichem Rechte vom Tage der Fälligkeit an (§§. 1333, 1334 a. b. G. B.) auch ohne vorherige Verabredung Zinsen von dem morosen Schuldner zu

---

18) Nach ung. (§. 285) und bosn. H. G. (§. 305) auch beim Contocurrentverhältnisse zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann. [H. G.

19) Ebenso §. 284 ung., §. 304 bosn.

20) Auch das Gesetz vom 28. Mai 1881 Nr. 47 R. G. Bl. betr. die Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften findet auf Handelsgeschäfte, bei welchen der Creditnehmer im Sinne der Art. 4, 5 u. 6 H. G. B. Kaufmann ist oder einem solchen gleichzuachten ist, keine Anwendung (§. 14 a. a. O.). — Nach §. 286 des ung. H. G. ist die Bestimmung des §. 1 des Ges. Art. XXXI von 1868, daß der Zinsfuß nur im Falle schriftlicher Uebereinkunft keiner Beschränkung unterliegt, auf Handelsgeschäfte nicht anwendbar. [bosn. H. G.

21) Ebenso §. 289 ung. und §. 310

22) Ebenso §. 312 bosn. H. G. — Vgl. §§. 291, 292 ung. H. G.

23) Ebenso ung. H. G. §. 299, bosn. §. 317. [H. G.

24) Vgl. §. 320 ung., §. 336 bosn.

25) Ebenso §. 268 ung. H. G. — Vgl. §. 292 bosn. H. G.

26) Ebenso §. 293 bosn. H. G. — Vgl. §§ 269, 270 ung. H. G. [H. G.

27) Ebenso §. 271 ung., §. 294 bosn.

verlangen, hat der Gläubiger nur dann, wenn das Geschäft auf seiner, des Gläubigers, Seite Handelsgeschäft ist (Art. 288).[28])

§. 104.
II. Gegenstand der Handelsgeschäfte.[1])

Gegenstand von Handelsgeschäften kann Alles sein, was Object des Handels im Sinne des H. G. B. sein kann. Wie bereits oben bei Entwickelung des Begriffes Handel (s. §. 1) und Waare (s. §. 88) und bei Besprechung der handelsrechtlich relevanten Eigenschaften der Sachen (s. §. 89) bemerkt wurde, können nur verkehrsfähige und bewegliche Sachen Objecte des Handels im engeren Sinne, wie ihn auch das H. G. B. nimmt, sein. Daß dem Verkehre entzogene Sachen nicht Gegenstand des Handels und der Handelsgeschäfte sein können, ist selbstverständlich. Was aber das zweite Moment, die Beweglichkeit, betrifft, so wurde bereits oben gezeigt, daß der Handel, in einem weiteren Sinne gefaßt, ganz wohl auch den Umsatz von Immobilien in sich schließen kann (§. 1), sowie daß auch begrifflich nichts im Wege steht, daß Immobilien Waaren sein könnten (§. 88). Es bedurfte daher einer ausdrücklichen Bestimmung des H. G. B., um Geschäfte über Immobilien aus dem Kreise der Handelsgeschäfte auszuschließen. Dies geschieht in Art. 275. Vermöge seines kategorischen Wortlautes: „Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte" und entsprechend seiner Stellung im H. G. B. nach Art. 271 bis 274 schließt dieser Artikel alle Geschäfte über Immobilien von den Handelsgeschäften und den diese normirenden gesetzlichen Bestimmungen des H. G. B. aus, nicht nur aus dem Kreise der objectiven und subjectiven Handelsgeschäfte, für welche sich dies bei einzelnen bereits aus ihrer gesetzlichen Definition, bei anderen schon aus ihrem Begriffe selbst ergeben würde, sondern insbesondere auch von den accessorischen Handelsgeschäften, und läßt auch bezüglich der Immobiliargeschäfte die Präsumtion des Art. 274 nicht zu. Da aber Art. 273 u. 274 nicht nur Verträge im juristisch-technischen Sinne, sondern alle irgend möglichen Geschäfte eines Kaufmannes, auch einseitige Rechtsgeschäfte umfassen, so schließt Art. 275 vermöge der ihm

---

28) Ebenso ung. H. G. §. 282 und bosn. § 302.

1) Rücksichtlich der Voraussetzung der Verkehrsfähigkeit s. oben §. 90 und die dort angeführte Literatur; über das Erforderniß der Beweglichkeit bezw. die Ausschließung der Immobiliargeschäfte von den Handelsgeschäften vgl. außer den Commentaren zum H. G. B. (zu Art. 275; auch zu Art. 271—273) noch Auerbach, Das neue H. G. I. S. 26; Thöl, H. R. I. §. 35; Goldschmidt, H. R. I. §. 59; Behrend, H. R. I. §. 31; Endemann, H. R. §. 9 (4. Aufl.) und im Hdb. I. §. 17; Gareis, H. R. (4. Aufl.) §. 9; Cosack, H. R. (2. Aufl. §. 7 S. 26 f.); Noack in Busch' Arch. IV. S. 196 ff.; Rebling ebenda XXXI. S. 227 ff.; v. Krämel ebenda XL. S. 102 ff.; Hasenöhrl, D. öſtr. Obl. R. I. S. 77 ff.; G. Wendt, Tragweite der Bestimmung des a. d. H. G. B., daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sind (Breslauer Inaug. Diss. 1882); Marcuse, Begriff und Arten der Verträge über unbewegliche Sachen im Sinne des deutschen H. G. B. Art. 275 (Berliner Inaug.-Diss. 1884); Pollitzer, Das Verhalten des allg. deutschen H. G. B. z. Immobiliarverkehr 1885.

im Gesetzbuche eingeräumten Stellung nicht nur Verträge über Immobilien im engeren juristisch-technischen Sinne, sondern auch nicht-obligatorische Verträge, ja auch einseitige Rechtsgeschäfte aus dem Kreise der Handelsgeschäfte aus, welche Auffassung des Wortes „Verträge" im Art. 275 auch bei den bezüglichen Berathungen der Codificationscommission in Nürnberg zu Tage trat.[2]) Ob nun ein Geschäft über ein Immobile vorliegt, ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen. Hiebei ist festzuhalten, daß ein solches nur dann vorliegt, wenn das Immobile als unmittelbarer Gegenstand und bei zusammengesetzten Geschäften als Hauptgegenstand des Geschäftes erscheint[3]) — sei es als bereits vorliegendes, oder als ein erst herzustellendes, künftiges Product gegenwärtiger (eventuell erst anzuschaffender) Mobilien[4]) —, nicht aber schon dann, wenn das Geschäft sich nur auf Immobilien bezieht.

Im Einzelnen ist zu bemerken:

1. Kauf oder anderweitige Anschaffung (z. B. durch Annahme an Zahlungsstatt, Darlehen, depositum irregulare, pignus irregulare ꝛc.) von Immobilien zu dem Zwecke, dieselben ganz oder parcellirt weiter zu veräußern, kann niemals Handelsgeschäft sein.[5]) Dasselbe gilt von Käufen oder anderweitigen Anschaffungen von Mobilien, um diese, zu Immobilien verarbeitet, weiter zu veräußern, wie z. B. der Kauf von Baumaterialien zu dem Zwecke, um das daraus herzustellende Haus weiter zu veräußern[6]), außer es ließe sich der Erbauer des Gebäudes die vor Abschluß des Vertrages mit dem Besteller angeschafften Baumaterialien von diesem in gesonderter Verrechnung bezahlen, sei es auch in dem zur Herstellung des Gebäudes auf Grund und Boden des Bestellers wirklich verwendeten Umfange; denn diesfalls mag dies wohl als Theil der Thätigkeit des Bauunternehmers angesehen werden können, muß aber doch als ein selbständiges Geschäft für sich, Weiterveräußerung angeschaffter Mobilien, angesehen werden.[7]) Wohl aber ist es ein Handelsgeschäft,

2) Vgl. Prot. S. 546 f., 1300 ff., 5065; v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 275; Goldschmidt, H. R. I. §. 59 (2. Aufl. S. 677); Puchelt, Comm. II. Nr. 7 zu Art. 275; G. Wendt a. a. O. S. 26; Pollitzer, a. a. O. S. 92, 93.

3) Rebling in Busch's Arch. XXXI. S. 232, 233; Puchelt, Comm. II. Nr. 7 zu Art. 275; G. Wendt a. a. O. S. 26; Marcuse a. a. O. S. 30; Pollitzer a. a. O. S. 93.

4) Vgl. folgende Noten 7 u. 10. — Was Hauptgegenstand ist, hängt vom Vertragszwecke ab (R. O. H. G. XX. S. 200; Bolze, Praxis des R. G. IV. Nr. 469), nicht immer vom Werthverhältnisse (Goldschmidt a. a. O. H. R. I. §. 57 Note 42).

5) Vgl. Motive z. preuß. Entw. eines allg. deutschen H. G. B. S. 102, 103; Goldschmidt a. a. O. S. 681 f. (auch Note 11 auf S. 681); Behrend a. a. O. Note 4a; Endemann im Hdb. a. a. O. S. 89; Rebling a. a. O. S. 233; Obstg. Entsch. bei Adler-Clemens IV. Nr. 750; R. O. H. G. XII. S. 53, XXIII. S. 131 ff.; R. G. VI. S. 4 ff.

6) Vgl. hiezu G. Wendt a. a. O. S. 38, 39; Pollitzer a. a. O. S. 97 f. Note 8 u. 9; Erk. obst. G. H. in Allg. östr. Ger. Ztg. Nr. 66 u. 83 von 1882 und Nr. 19 von 1884; anders Obst. G. H. in Jurist. Bl. Nr. 35 von 1880 und Erk. in G. H. Nr. 83 von 1882 (vgl. zu letzterem die Bemerkungen Rosenblatt's in G. H. Nr. 18 von 1883); Kräwel in Busch's Arch. XL. S. 111 ff.

7) v. Hahn a. a. O. S. 53: Rebling a. a. O. S. 237; Pollitzer a. a. O. S. 100.

wenn Jemand schon vor Abschluß eines bestimmten Weiterveräußerungs-(Realisations)geschäftes bewegliche Sachen zum Zwecke der Weiterveräußerung angeschafft hat, diese aber dann vom Käufer zu Bestandtheilen eines Immobile gemacht werden, selbst wenn dieselben schon ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, an Immobilien angebracht zu werden, ja selbst dann, wenn der anschaffende Weiterveräußerer selbst die Einfügung der Sache in das Immobile vornimmt, sofern nur die Anbringung am Immobile nicht die Hauptsache des Geschäftes wird.[8]) Endlich ist auch ein Kauf oder eine Anschaffung von solchen Gegenständen, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses zwar noch Bestandtheile unbeweglicher Sachen sind, aber nicht als solche, sondern selbständig, sohin als bewegliche Sachen weiterveräußert werden sollen, daher auch bei dem Kaufe oder der Anschaffung nur als solche in Betracht kommen (denn anders könnte ja der Kauf oder die Anschaffung nicht realisirt werden), wie z. B. der Ankauf von Früchten auf dem Halme, von Holz auf dem Stamme, Kauf der Materialien eines abzubrechenden Hauses ohne Area u. s. w.[9]) zum Zwecke der Weiterveräußerung Handelsgeschäft.

2. Lieferungsübernahme eines Immobile, oder Uebernahme eines aus Mobilien (Baumaterialien) durch deren Verarbeitung herzustellenden Immobile (Hauses) sind keine Handelsgeschäfte.[9a]) Verrechnet jedoch in letzterem Falle der Erbauer die für das auf Grund und Boden des Bestellers zu erbauende bezw. zu liefernde Haus angeschafften Materialien abgesondert, so ist dieses abgesondert abgeschlossene Geschäft ein Geschäft über eine bewegliche Sache, sohin Handelsgeschäft nach Art. 271 Z. 2.[10]) Ebenso liegt ein Handelsgeschäft vor, wenn die zu liefernden beweglichen Sachen nach ihrer Lieferung vom Besteller oder vom Liefernden selbst in Immobilien als Bestandtheile (Pertinenzen) oder auch nur als Zugabe (Zierde) eingefügt werden sollen, sofern nur diese Immobilisirung nicht Hauptsache ist.[11]) Desgleichen ist die Lieferung von Sachen, die aus diesem Anlasse erst von einem Immobile des Auctors des Lieferanten (nicht des Lieferanten selbst, dann läge Lieferung eines Productes seitens des Producenten vor)[12]) getrennt werden müssen, Handelsgeschäft.[13])

---

8) G. Wendt a. a. O. S. 42; Pollitzer a. a. O. S. 100.

9) Motive z. preuß. Entwurf S. 103; Commentare von Brix, Anschütz und v. Völderndorff, v. Hahn, Keyßner, Staub zu Art. 275; Goldschmidt, H. R. a. a. O. S. 686; Thöl, H. R. a. a. O. S. 131, 132 und Note 5 auf S. 132; Behrend, H. R. I. §. 31 S. 147; Endemann im Hdb. a. a. O. S. 91; Puchelt, Comm. II. zu Art. 275; Rebling a. a. O. S. 238, 239; v. Kräwel in Busch's Arch. XL. S. 106 ff.; Wendt a. a. O. S. 42 ff.; Stobbe, Deutsches Pr. R. (3. Aufl. besorgt v. Schulz) I. §. 63 Note 14; Unger, System I. S. 383; Hasenöhrl, Oest. Obl. R. I. S. 79; Dernburg, Pr. Pr. R. II. S. 13; G. Wendt a. a. O. S. 42 ff.; Marcuse a. a. O. S. 55 ff.; Pollitzer a. a. O. S. 101 ff. insbes. auch Note 22.

9a) Vgl. Adler-Clemens VI. Nr. 1029.

10) v. Hahn, Comm. II. zu Art. 275; Puchelt, Comm. II. zu Art. 275; Wernz, Comm. zur Proc. Ordn. für Bayern S. 37; Pollitzer a. a. O. S. 107.

11) Vgl. Adler-Clemens Entsch. IV. Nr. 628.

12) Daß die Geschäfte des Producenten keine Handelsgeschäfte sind, wird unten (§. 117) erörtert.

13) Siehe oben Note 8.

3. Die Uebernahme einer Immobiliarversicherung gegen Prämie ist Handelsgeschäft, denn nicht das Immobile ist unmittelbarer Gegenstand des Versicherungsvertrages, sondern nur der eventuelle Schadenersatz, bzw. sofern die Größe des zu leistenden Schadens auch Interesse genannt wird, das Interesse.[14])

4. Die gewerbsmäßige Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere bzw. die Uebernahme einer solchen durch einen Kaufmann im Betriebe seines auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes zu dem Zwecke, daß aus den anzuschaffenden Mobilien ein Immobile werde, ist nicht schlechthin ein Vertrag über ein Immobile, sondern nur dann, wenn es sich als ein einziger einheitlicher Vertrag darstellt, d. i. wenn das Immobile, z. B. Haus, Weg, Garten, auf dem Grund und Boden des Liefernden errichtet bzw. erbaut und nach Vollendung dem Besteller geliefert werden soll, sowie auch dann, wenn es zwar auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet wird, aber die Gegenleistung eine einheitliche ist.[15]) In beiden Fällen liegt eben nur ein Vertrag vor, die Leistung des Liefernden wie die Gegenleistung des Bestellers ist jede für sich eine einheitliche, auf der Seite des Liefernden die Herstellung des Immobile, z. B. Bau des Hauses, eines Weges, eines Gartens, auf Seite des Bestellers der Lohn oder Preis. „Ist jedoch verabredet, daß der Besteller die einzelnen zum Bau verwendeten Materialien in dem wirklich verwendeten Umfang, den aufgelaufenen Arbeitslohn, den Bauriß, die Leitung des Baues durch den Baumeister einzeln zu bezahlen hat, so liegt nicht ein Vertrag über eine Immobilie vor, sondern die aufgeführten einzelnen Sachen und Leistungen erscheinen als die eigentlichen Objecte verschiedener Verträge, welche nur zufällig zusammen abgeschlossen sind“[16]), es liegt eine Cumulation von Kauf (rücksichtlich der Baumaterialien), locatio conductio operis (Bauriß, Aufsicht), locatio conductio operarum (Bauarbeiter) vor.[17]) Hier steht nicht einer einheitlichen Leistung des Uebernehmenden eine einheitliche Gegenleistung des Bestellers gegenüber, sondern die verschiedenen einzelnen Leistungen des Uebernehmers erzeugen ebenso viele verschiedene getrennte Gegenleistungen des Bestellers. Die einzelnen Dienste werden daher hier getrennt, nicht als ein Ganzes abgeschätzt und berechnet, getrennt, nicht mittels einer Aversionalsumme belohnt; und diese getrennte Schätzung, Berechnung und Entlohnung der einzelnen Dienste ist nicht etwas Selbstverständliches, sondern etwas Gewolltes, Verabredetes, nicht etwas rein Aeußerliches, juristisch Bedeutungsloses, sondern die Folge der durch Parteiwille den Geschäften gegebenen juristischen Construction, wie z. B. der juristische Charakter eines Geschäftes auch häufig seinen äußeren Ausdruck in der Buchung findet. Die einzelnen Geschäfte beziehen sich hier allerdings auf das herzustellende Im-

14) Siehe unten §. 119; vgl. R. O. H. G. V. S. 12; G. Wendt a. a. O. S. 33 ff.; Marcuse a. a. O. S. 62 ff.; Pollitzer a. a. O. S. 108 ff. und die daselbst in Note 1 zu §. 16 angeführte Literatur.

15) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 275.

16) v. Hahn, Comm. II. §. 4 zu Art. 275.

17) v. Hahn, Comm. II. §. 4 zu Art. 275 Note 7.

mobile, dieses ist aber nicht unmittelbarer Vertragsgegenstand; es steht sohin nichts im Wege, daß diese Geschäfte Handelsgeschäfte sein können.

5. Was die Bankiergeschäfte anlangt, so ist zufolge der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 275 die Ausstellung von Pfandbriefen über Immobilien durch Banken, Sparcassen u. s w. kein Handelsgeschäft, denn ihr unmittelbarer Gegenstand ist das zu verpfändende Immobile, über welches der Pfandbrief ausgestellt wird.

6. Da gewerbsmäßige oder von einem Kaufmann vereinzelt vorgenommene Vermittelungsgeschäfte nach Art. 272 nur dann Handelsgeschäfte sind, wenn das zu vermitteln de Geschäft ein Handelsgeschäft ist, so ist es klar, daß sie dann aus dem Kreise der Grundhandelsgeschäfte ausgeschlossen sind, wenn das zu vermittelnde Geschäft ein Immobile zum unmittelbaren Gegenstand hat.[18])

7. Dasselbe wie vom Vermittelungsgeschäft gilt auch vom Commissionsgeschäfte; denn nur der ist Commissionär im Sinne des H. G. B. (Art. 360 Abs. 1), der gewerbemäßig oder als Kaufmann auch vereinzelt (Art. 272 Abs. 2) in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schließt, daher nicht derjenige, der auf besagte Weise Geschäfte abschließt, die unmittelbar Immobilien zum Gegenstande haben.

8. Die im Vorstehenden mit Rücksicht darauf, daß ihr unmittelbarer Gegenstand ein Immobile ist, aus dem Kreise der objectiven und subjectiven Grundhandelsgeschäfte der Art. 271 und 272 ausgeschlossenen Geschäfte können auch nicht accessorische Handelsgeschäfte nach Art. 273 sein. Nur das Vermittelungsgeschäft kann auch dann accessorisches Handelsgeschäft sein, wenn es sich um Vermittelung von Immobiliargeschäften handelt, da der Gegenstand des Vermittelungsgeschäftes nicht das Immobile[18a]), sondern die Vermittelung, die auf das Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäftes abzielende Thätigkeit ist, das Geschäft sohin durch Art. 275 gar nicht getroffen wird, wie ja auch der oben erwähnte Ausschluß der Immobiliargeschäftsvermittelung von den subjectiven Grundhandelsgeschäften seine Begründung nicht in Art. 275, sondern nur in der positiven Bestimmung des Art. 272, Abs. 1, Z. 4 findet, der das Vermittelungsgeschäft nur dann als subjectives Handelsgeschäft gelten läßt, wenn das zu vermittelnde Geschäft Handelsgeschäft ist.

Aber auch in Art. 271 und 272 nicht aufgezählte Geschäfte, die „nur dadurch Handelsgeschäfte werden, daß sie in den Umfang des concreten Gewerbebetriebs fallen"[19]), sei es, daß ihre Gewerbebetriebszugehörigkeit offensichtlich vorhanden ist (Art. 273) oder im Zweifel vermuthet wird (Art. 274), können dann nicht zu accessorischen bzw. sog. präsumtiven Handelsgeschäften werden, wenn sie Immobilien zum unmittelbaren Gegenstand haben. Durch die negative Bestimmung des Art. 275 werden insbesondere jene Geschäfte eines Kaufmanns aus dem Kreise der

---

18) Vgl. Pollitzer a. a. O. S. 125 ff.
18a) Vgl. R. G. I. S. 258 ff.
19) v. Hahn, Comm. §. 4 zu Art. 273.

accessorischen bzw. sog. präsumtiven Handelsgeschäfte ausgeschlossen, welche dingliche Rechte an Immobilien begründen, einschränken, übertragen oder aufheben, wie Kauf, Verkauf, Tausch von Immobilien, Einräumung oder Erwerb von Servituten an solchen, sowie auch Klagen aus der Verwaltung von Immobilien nicht zur Competenz der Handelsgerichte gehören, auch dann nicht, wenn der Schuldner protocollirter Kaufmann ist.[20]) Auch Vermiethungen und Verpachtungen von Immobilien, sowie weitere Uebertragungen solcher Mieth- oder Pachtrechte (Aftermiethe, Afterpacht) sind als Geschäfte, die unmittelbar ein Immobile betreffen, nicht accessorische Handelsgeschäfte.[21]) Wohl aber können Verträge, wodurch Jemand einem Anderen unbewegliche Sachen (Lagerräume, Magazine, Speicher u. s. w.) zum Zwecke der Aufbewahrung überläßt, accessorische Handelsgeschäfte sein, sofern es sich hier nicht um das Vermiethen des Locals, sondern um das Deponiren der Waare, nicht um eine locatio conductio eines Immobile, sondern um ein Depositum handelt.[22]) Bei Miethverträgen der Gastwirthe über Zimmer ist zu unterscheiden, ob seitens des Gastwirthes nur solche Verträge abgeschlossen werden, oder ob nebst solchen auch noch handelsgeschäftliche Verkäufe von Speisen und Getränken abgeschlossen werden. In ersterem Falle sind die Miethverträge zweifellos durch Art. 275 ausgeschlossen; in letzterem Falle ist zu unterscheiden, ob das Vermiethen der Gasthofzimmer abgesondert und getrennt von den handelsrechtlichen Verkäufen von Speise und Trank stattfindet, oder mit letzteren untrennbar verbunden ist. Ist Ersteres der Fall, so ist auch die Gegenleistung keine einheitliche, sondern es werden die einzelnen Leistungen des Gastwirthes für sich abgesondert geschätzt, berechnet und bezahlt, so daß unterscheidbar getrennte Verträge vorliegen, die Immobiliarvermiethungen und die handelsrechtlichen Mobiliarverkäufe. In diesem Falle sind die Immobiliarvermiethungen keine Handelsgeschäfte. Sind aber die einzelnen Geschäfte des Gastwirthes untrennbar verbunden, und ist insbesondere die Gegenleistung eine einheitliche, so kommt es darauf an, ob das Vermiethen der Gasthofzimmer oder das Veräußern von Speise und Trank Hauptgegenstand des concreten Geschäftes ist. Dies ist quaestio facti und oft nicht leicht zu entscheiden.[23]) Verpfändungen von Immobilien können nicht accessorische Handelsgeschäfte sein.[24]) Auch der Ankauf eines Immobile

---

20) Vgl. Obstg. E. in Oestr. Ger. Ztg. Nr. 56 von 1878, ferner Erk. in Sammlg. v. Adler-Clemens V. Nr. 863.

21) A. A. v. Kräwel in Busch's Arch. II. S. 338; siehe dagegen v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 275 Note 4. Vgl. Erk. des obst. G. H. bei Nowak III, IV, Nr. 98.

22) Goldschmidt, H. R. I. S. 664, 665; bes. Note 30; G. Wendt, a. a. O. S. 28. Ueber das Lagerhausgeschäft s. unten §. 139.

23) Vgl. v. Hahn, Comm. II. S. 52; Anschütz und v. Völderndorff III. S. 55, sowie die bei Goldschmidt a. a. O. I. S. 682 Note 13 (am Ende) angeführte Literatur; Pollitzer a. a. O. S. 137 f.; anders Marcuse a. a. O. S. 32 ff.; Pappenheim in Grünhut's Ztschr. f. öff. u. Pr. R. der Gegenw. XII. S. 667.

24) v. Stubenrauch, H. R. S. 351; Goldschmidt, H. R. I. S. 681 Note 10c; v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 275; v. Keyßner, Comm. S. 263; Thöl, H. R. I. S. 131; Behrend, H. R. I. S. 146; Endemann im Hdb. I. S. 89; Rebling a. a. O. S. 233: G. Wendt a. a. O. S. 28; Motive z. preuß. Entw. S. 103.

behufs Fabrik- oder Handelsbetriebes kann als Geschäft, dessen Gegenstand ein Immobile ist, nicht accessorisches Handesgeschäft sein.[25]) Hievon ist zu unterscheiden die Uebernahme eines Handelsetablissements durch einen Kaufmann. Auch in diesem Falle wird zu untersuchen sein, ob die einzelnen hiebei in Betracht kommenden Geschäfte, (Uebergabe und Erwerb des Grundstückes, des Ladens, der Waarenvorräthe, der Geräthschaften u. s. w.), trennbar unterschieden sind. Ist dies er Fall, so ist jedes Geschäft für sich zu beurtheilen und die Uebergabe bzw. der Erwerb der Immobilien (Laden, Grundstück) kann zufolge der Bestimmung des Art. 275 nicht Handelsgeschäft sein. Ist aber das Geschäft ein untrennbares Ganzes, insbesondere die Gegenleistung eine einheitliche, untrennbare, so entscheidet über die Natur der Geschäfte sein principaler Gegenstand, was im einzelnen Falle Thatfrage ist.[26])

§. 105.

III. Inhalt der Handelsgeschäfte und insbes. der handelsrechtlichen Verpflichtungen.[1])

I. Die Summe der in einem Rechtsgeschäfte enthaltenen Berechtigungen und Verpflichtungen der Subjecte des Geschäftes bilden seinen Inhalt. Jedes Rechtsgeschäft, jeder Vertrag insbesondere setzt sich aus dem zusammen, was infolge des durch das Rechtsgeschäft, durch den Vertrag geschaffenen Rechtszustandes oder Rechtsverhältnisses gefordert werden kann bzw. geleistet werden muß. Diese Berechtigungen und Verpflichtungen bilden nicht den Gegenstand des Rechtsgeschäftes, sondern sie bilden in ihrer Zusammenfassung das Rechtsgeschäft, den Vertrag selbst, sei es daß sie bereits mit dem Entstehen des Rechtsgeschäftes selbst schon reif zur Ausübung vorliegen, sei es daß sie nur im Keime vorhanden sind und erst während des Bestandes des Rechtsgeschäftes zur Ausübung heranreifen können, aber nicht müssen. Hienach scheiden sich die Berechtigungen und Verpflichtungen, die ein Rechtsgeschäft, insbesondere einen Vertrag ausmachen und inhaltlich füllen, in solche, die unter allen Umständen eben vermöge des Vorhandenseins des betreffenden Rechtsgeschäftes, infolge des Vertragsabschlusses — gleichviel ob sofort oder später — zur Ausübung

25) Goldschmidt, H. R. I. S. 682.

26) Vgl. R. O. H. G. XI. S. 149 ff., XV. S. 100 ff., XVI. S. 307 u. ff. — Anders Rebling a. a. O. S. 241; Löhr a. a. O. S. 117; Thöl, H. R. I. S. 132; Goldschmidt, H. R. I. S. 667, 668 und Note 40 und 42 auf S. 668; dann S. 682; G. Wendt a. a. O. S. 29 ff.

1) Vgl. hiezu Thöl, H. R. §§. 235 bis 249; Regelsberger in Endemann's Hdb. §§. 237—257; Stobbe, Deutsches Privatr. III. §§. 167, 168, 173, 174, 176, 177, 182, 190; Riesser, Zur Revision des H. G. B. II. S. 397 ff.; Laband im Arch. f. civil. Praxis LXXIII. S. 161 ff., LXXIV. 1 ff., 299 ff.; Goldschmidt, Universalgesch. d. H. R. I. S. 303 ff.; in Ztschr. XIV. S. 424 ff.; in Ihering's Jahrb. f. Dogmat. XXVI. S. 379 ff.; und System §. 86; Gareis, H. R. (4. Aufl.) §. 56. — Zur Geschichte vgl. Endemann, Studien in der romanisch-canonischen Wirthschafts- u. Rechtslehre bis zum Ende des 17. Jahrhunderts. II. S. 243 ff., 322 ff. — Vgl. H. G. B. Art. 280—295, 299; ung. H. G. §§. 268 bis 287; bosn. §§. 292—307.

gelangen können und müssen, sofern nicht überhaupt vom Rechtsgeschäfte oder vom Vertrage abgekommen wird, und in solche, die zwar zufolge der Entstehung des Rechtsgeschäftes oder des Vertrages, sei es durch Parteiwille oder durch Gesetzesbestimmung, bereits mit dem Entstehen des Rechtsgeschäftes, mit dem Vertragsabschlusse principiell als bestehend anerkannt sind, aber deren Realisirungsfähigkeit nur unter gesetzlich bestimmten Voraussetzungen und Umständen eintreten kann. So bilden die Leistung der Waare und die Zahlung des Preises den unter allen Umständen ausübungsreifen Inhalt des Kaufvertrages, während die Berechtigung, im Falle der Zögerung des anderen Vertragstheiles Verzugszinsen zu verlangen allerdings schon als eventuell auszuübende Berechtigung im Momente des Vertragsabschlusses durch Parteiwillen oder Gesetzesbestimmung principiell als existent anerkannt ist, aber nur im Falle des Verzuges des Leistungspflichtigen zur Realisirung gelangen kann. Wäre aber eine solche Berechtigung nicht schon mit der Entstehung des Geschäftes principiell durch Gesetz oder Parteiwille als existent, als eventuell auszuübend anerkannt, so könnte sie ohne nachträgliche Vereinbarung nicht ausgeübt werden. Was nicht Parteiwille oder Gesetz zum Inhalte des Vertrages oder Rechtsgeschäftes macht, kann nicht gefordert, muß nicht geleistet werden, da es in diesem nicht enthalten ist.[2])

II. Der Inhalt eines Rechtsgeschäftes, sohin auch eines Handelsgeschäftes, bestimmt sich sonach durch Parteiwille und Gesetz. Letzteres formulirt den Begriff des einzelnen Geschäftes (eines Handelsgeschäftes) nach dem dasselbe von andern Geschäften unterscheidenden Inhalte; und wenn nun der einem concreten Rechtsgeschäfte durch Parteiwille gegebene Inhalt mit dem gesetzlich erforderlichen Inhalte eines bestimmten Geschäftes übereinstimmt, so liegt das gesetzlich aufgestellte Geschäft (Handelsgeschäft) vor. Die einzelnen Rechtsgeschäfte, Handelsgeschäfte, sowie auch die einzelnen handelsrechtlichen Verpflichtungen haben nicht nur einen sie unterscheidenden Inhalt, der ihnen den Charakter eines bestimmten Geschäftes (Handelsgeschäftes) verleiht, sondern auch noch einen anderweitigen durch Parteiwille oder Gesetz hinzugefügten Inhalt, der aber an der juristischen Natur des Geschäftes nichts ändert. Auch rücksichtlich des letzteren finden sich im H. G. B. Bestimmungen, jedoch nur insoweit, als es für nothwendig erachtet wurde, vom sonstigen bürgerlichen Rechte abweichende Vorschriften zu geben, oder durch solche Vorschriften die particularrechtlichen Ungleichheiten für das Gebiet des Handelsrechtes auszugleichen, oder eine Streitfrage des bürgerlichen Rechtes zu entscheiden, oder selbst um mit Rücksicht auf die Gerichtsbeisitzer vom Kaufmannsstande insbesondere die Anwendbarkeit einiger civilrechtlicher Normen für die Handelsgeschäfte festzusetzen.[3]) Zumeist — aber nicht ausschließlich — sind dies solche Inhaltstheile von Rechtsgeschäften, welche zwar mit diesen selbst schon principiell anerkannt

2) Hieraus ergibt sich die Bedeutung der lex contractus in diesem Sinne als durch Parteiwille oder Gesetz bestimmter Vertragsinhalt.

3) Vgl. hiezu v. Hahn, Comm. II. Vorbemerkung I. zum 2. Abschnitte des I. Tit. des 4. Buches des H. G. B. (2. Aufl. S. 57, 58).

im Keime vorhanden sind, aber erst mit Rücksicht auf specielle Umstände zur Ausübung reif werden. Im Einzelnen trifft das H. G. B. nachstehende Bestimmungen:

1. Wenn zwei oder mehrere Personen in einem Geschäfte, das auf ihrer Seite Handelsgeschäft ist[4]), gemeinschaftlich (oder was dasselbe ist, durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten[5]) eine Verpflichtung übernommen haben[6]), so sind diejenigen, für welche das Geschäft Handelsgeschäft ist, wenn nicht aus der Uebereinkunft mit dem Gläubiger sich Anderes ergibt, als Solidar-, und zwar Correalschuldner[7]) anzusehen (Art. 280).[8]) Wie das a. b. G. B. (§. 891) räumt auch das H. G. B. den Solidarschuldnern weder die Einrede der Theilung noch der Vorausklage ein (Art 281 Abs. 1).[9]) Das Rechtsverhältniß unter mehreren Solidarschuldnern bestimmt sich nach bürgerlichem Rechte.[10]) Stehen sie untereinander in einem handelsrechtlichen Societätsverhältniß, so gelten besondere Bestimmungen (s. oben §§. 47 ff.). Gesetzliche Solidarhaft besteht in vielen Fällen des Gesellschaftsvertrages (Art. 112, 113, 163, 168, 173, 178, 204, 211, 241, 245, 247, 248, 257, 269)[11]), und für mehrere auf einander folgende bei demselben Transporte betheiligte Frachtführer (Art. 401, 429).[12])

---

4) Wenn es nur auf Seite eines der Verpflichteten Handelsgeschäft ist, so haftet dieser eine auf das Ganze (R. O. H. G. XXII. S. 63 ff.).

5) Goldschmidt, System §. 86.

6) Art. 280 H. G. B. setzt eine „Uebereinkunft mit dem Gläubiger", sohin vertragsmäßige Uebernahme einer Verpflichtung voraus. Zur Begründung der Correalität genügt daher nicht freiwillige Geschäftsführung (R. O. H. G. XIII. S. 142 ff.) oder Empfangnahme irrthümlicher Zahlungen (R. O. H. G. XXIV. S. 11 ff.), sondern die Verpflichteten müssen selbst oder einer von ihnen im Namen Aller oder ein Anderer in ihrem Namen contrahirt haben (R. O. H. G. XIII. S. 1 ff.). Eine Frau, welche in Abwesenheit ihres Gatten dessen Handelsgeschäft fortführt, Bestellungen macht, Zahlungen leistet u. briefliche Zahlungszusicherungen ertheilt, wird dadurch noch nicht Solidar-Mitschuldnerin (Adler-Clemens, Slg. VI. Nr. 936); anders VII. Nr. 1118. Wohl aber haften die Eheleute solidarisch, wenn sie das Bestellschreiben auf Waaren in einem Handelsgeschäfte gemeinsam unterfertigen (Adler-Clemens VIII. Nr. 1464). Nicht erforderlich ist, daß die Contrahenten in einem Societätsverhältnisse stehen (Staub, Comm. §. 3 zu Art. 280). Für Haftung der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Gelegenheitsgesellschaft gelten besondere Bestimmungen (Art. 112 u. 269 H. G. B. — S. hierüber oben §§. 47, 81.

7) Siehe hierüber oben §. 47 Note 16.

8) Vgl. ung. H. G. §. 268, bosn.-herzeg. §. 292.

9) Vgl. Brix, Comm. zu Art. 280; ebenso ung. H. G. §. 270 u. bosn. §. 293. Das ung. H. G. enthält außerdem noch die ausdrückliche Bestimmung, daß der belangte Solidarschuldner dem Gläubiger nur jene Einreden entgegensetzen kann, die ihm persönlich oder allen Mitschuldnern gegen den Gläubiger zustehen.

10) §§. 891 ff. a. b. G. B. — Das ung. H. G. (§. 269) u. das bosn. (§. 292) führen aus, daß der Gläubiger das Recht habe, nach seiner Wahl sämmtliche Solidarschuldner, oder einzelne derselben oder nur einen zu belangen, und daß er im Falle der Gegenstand der Forderung theilbar ist, das Recht habe, diese auch getheilt geltend zu machen, ohne dadurch gegen jenen Schuldner, gegen den er nur einen Theil der Forderung geltend gemacht hat, seines Anspruches auf das Ganze verlustig zu werden.

11) Vgl. ung. H. G.: §§. 88, 89, 138, 142, 160, 189, 204, 208, 209, 62; bosn.: §§. 92, 93, 142, 146, 165, 201, 219, 223, 224, 66.

12) Vgl. ung. H. G. §. 403, 431; bosn. §. 416, 444.

2. Wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite Handelsgeschäft ist, einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, muß nach Art. 282 H. G. B. die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anwenden.[13]) Diese tritt im Handelsverkehr im Allgemeinen an Stelle der diligentia boni patris familiae des bürgerlichen Rechtes. Eine allgemeine Regel über das, was dieses Maß von Sorgfalt ausmacht, läßt sich nicht aufstellen. Dies bestimmt sich nach der Art des Geschäftszweiges, um den es sich handelt (Art. 344, 361, 367, 380)[14]), — so spricht auch das H. G. B. z. B. von der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers (Art. 397, 399)[15]), — nach der Natur des einzelnen Falles und des concreten Geschäftes, nach der Handelssitte und anderen Umständen. Es können außerordentliche Ereignisse eintreten, wie z. B. Verkehrsstörungen infolge von Krieg[16]), die eine außerordentliche Sorgfalt zur Pflicht machen. Kein geringeres Maß der Sorgfalt verbindet das Gesetz mit dem Begriffe der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (Art 343).[17]) Nur in einem Falle begnügt sich das H. G. B. mit der diligentia, quam in suis rebus adhibere solet, nämlich bei Besorgung der Gesellschaftsangelegenheiten durch den Gesellschafter (Art. 94).[18]) Vertragsmäßig kann das Maß der Sorgfalt, sohin auch das Maß der Haftung erhöht, ja auch vermindert werden[19]), nicht aber kann auf die Ersatzpflicht wegen culpa lata oder dolus rechtswirksam verzichtet werden.[20]) Den Beweis, daß die vorgeschriebene Sorgfalt angewendet wurde, hat immer der Verpflichtete zu liefern (vgl. Art. 363, 367, 369 Abs. 3, 380 Abs. 2).[21]) Auch diesbezüglich können vertragsmäßig Aenderungen eintreten.[22])

Als Ausnahmen von den vorstehenden Grundsätzen sind zu erwähnen: a) der Frachtführer haftet auch für Zufall, nicht aber für vis maior (Art. 395)[23]), b) Eisenbahnen können nur innerhalb der im H. G. B. (Art. 423 ff.)[24]) gezogenen gesetzlichen Grenzen ihre Haftpflicht einschränken und die Beweislast ändern, c) in gewissen Fällen haftet der Frachtführer

---

13) Ebenso §. 271 ung. u. §. 294 bosn. H. G.

14) Vgl. ung. H. G. §§. 342, 343, 369, 373, 385 u. bosn. H. G. §§. 360, 361, 382, 386, 398.

15) Vgl. ung. H. G. §§. 400, 401, bosn. §. 413, 414.

16) R. O. H. G. XV. S. 174 ff.

17) Vgl. auch Art. 180a, 180b, 204, 213a, 213b, 226, 241 des deutschen Actiengesetzes.

18) Das in Art. 94 rücksichtlich der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft Gesagte gilt auch für die Gesellschafter einer Commanditgesellschaft (Art. 157). — Vgl. §§. 72 u. 132 ung., §§. 76 u. 136 bosn. H. G.

19) Goldschmidt, System S. 171; Staub, §. 4 zu Art. 282.

20) R. O. H. G. II. S. 293. Vgl. auch Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. IV. S. 580 Note 2; Windscheid, Pand. §. 346 Note 2, §. 265 Note 6.

21) Vgl. R. O. H. G. VI. S. 215 ff., VIII. S. 35; R. G. XX. S. 269 f.; Bolze, Praxis des R. G. I. Nr. 477. Nicht aber bedarf es des Beweises einer besonderen Verschuldung, der Verletzung der Sorgfalt (R. O. H. G. VII. S. 409 ff., XIV. S. 17). — Ung. H. G. §§. 370, 373, 375, 385 u. bosn. H. G. §§. 383, 386, 388, 398.

22) Goldschmidt, Ztschr. III. S. 104, 331, System §. 86 (S. 171).

23) Ung. H. G. §. 398, bosn. §. 411.

24) Ung. H. G. §§. 422 ff., bosn. H. G. §§. 437 ff.

(Eisenbahn) nur für „bösliche Handlungsweise" (dolus), aber uneingeschränkt (Art. 396 Abs. 5, 427 Abs. 2)[25]).

Rücksichtlich der Haftung für Vertreter und Gehilfen kann auf das oben (§§. 36 ff.) Gesagte verwiesen werden.

3. Wenn aus einem Geschäfte, welches auf Seite des Berechtigten oder Verpflichteten Handelsgeschäft ist[26]), aus irgend einem Grunde Schadenersatz zu leisten ist, umfaßt die Verpflichtung zum Schadenersatz ohne Rücksicht auf das Maß der Verschuldung[27]) damnum emergens[28]) und lucrum cessans[29]) (Art. 283).[30])[31]) Nur in zwei Fällen macht das Gesetz eine Ausnahme, a) wenn der Käufer statt Erfüllung des Kaufvertrages Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt (Art. 357)[32]), b) rücksichtlich des vom Frachtführer für Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes zu

---

25) Vgl. ung. H. G. §§. 399, 429, bosn. §§. 412, 442.

26) Daß sich die Bestimmung des Art. 283 nur auf Handelsgeschäfte, sei es des Berechtigten oder Verpflichteten bezieht, ergibt sich aus der Stellung dieses Artikels in dem Abschnitte „Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte". Ebenso v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 283; Staub, Comm. §. 1 zu Art. 283; A. A. v. Stubenrauch, H. R. §. 152; Brix, H. G. zu Art. 283 und Fuchsberger-Gareis, Comm. Note 78 zu Art. 283, welche dies auf alle Geschäfte des Handelsverkehrs, auf alle Handelssachen ausgedehnt wissen wollen.

27) R. O. H. G. XIV. S. 19, 20.

28) Als wirklicher Schaden gilt auch die dem Kaufmanne wegen verspäteter Leistung entgangene Lieferung (Adler-Clemens, Slg. III. Nr. 423); vgl. Adler-Clemens, IV. Nr. 560; als eingetretener Schaden ist auch die Belastung mit einer Verbindlichkeit anzusehen (R. O. H. G. IV. S. 192 f., XII. S. 268 ff.; XV. S. 48). Ob der Ersatzpflichtige die dem Geschädigten gegen den Dritten obliegende Verpflichtung kannte oder nicht, ist irrelevant (R. G. XIX. S. 25 f.).

29) Bei Entscheidung der Frage, ob lucrum cessans vorliegt, ist von dem Grundgedanken auszugehen, daß der Kaufmann die innerhalb seines Handelsbetriebes bestehende Gelegenheit zu vortheilhaften Geschäften nicht unbenutzt vorübergehen läßt. Es ist daher z. B. nicht nothwendig, daß er nachweist, daß er eine Sache verkauft hätte, sondern es genügt der Nachweis, daß die Sache verkäuflich oder marktgängig sei (R. O. H. G. II. S. 197), nicht aber genügt die Geltendmachung eines bloß möglichen, aber durch keinerlei objective Momente unterstützten Gewinnanspruches. — Vgl. hiemit die Norm des Preuß. Allg. L. R. (§. 6 I. 6.), daß bei Bestimmung des lucrum cessans nur auf solche Vortheile Rücksicht zu nehmen ist, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens, oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen vernünftigerweise erworben werden konnten (vgl. R. O. H. G. XI. S. 17). — Der Spediteur hat, wenn er bei einem eingetretenen und erwiesenen Schaden nicht nachweisen kann, daß er die ihm obliegende Sorgfalt bei der Empfangnahme und Aufbewahrung des Speditionsgutes sowie bei der Wahl der Frachtführer angewendet hat, nicht nur den Schaden an der versendeten Waare, sondern auch den weiteren dem anderen Contrahenten (durch Reise an den Marktort und die Aufenthaltskosten) erwachsenden Schaden, sowie auch den durch die Vereitelung des Marktes entgangenen Gewinn zu ersetzen (Adler-Clemens, Slg. II. N. 136). — Vgl. ebenda IV. Nr. 561, VII. Nr. 1245.

30) Ebenso ung. H. G. §. 272, bosn. §. 295.

31) Hiedurch sind abweichende gemein- oder particularrechtliche Vorschriften beseitigt, so insbes. im gemeinen Rechte die lex un. cod. 7. 49., daß die Ersatzpflicht das Doppelte des Verkehrswerthes nicht überschreiten darf (R. O. H. G. XIX. S. 303 ff.).

32) S. unten §. 179; ebenso ung. H. G. §. 356, bosn. §. 374.

leistenden Ersatzes (Art. 396).[33]) Im Falle der Verletzung des Firmenrechtes steht dem Gerichte nach freiem Ermessen die Bestimmung über Vorhandensein und Höhe des Schadens zu (Art. 27).[34])

4. Wegen übermäßiger Verletzung[35]), insbesondere wegen Verletzung über die Hälfte (laesio enormis)[36]) kann eine Anfechtung von Handelsgeschäften[37]) nicht stattfinden (Art. 286).[38])

5. Die gewerbliche Thätigkeit des Kaufmannes für Andere (auch Nichtkaufleute) ist im Zweifel eine entgeltliche." [39]) Daher gebührt nach Art. 290[40]) dem Kaufmanne auch ohne besondere Verabredung für geschäftliche Mühewaltung, für geleistete Dienste eine Vergütung, die ihn gewöhnlich in Form der sog. Provision, d. h. einer procentual nach dem Werthe des Vertragsgegenstandes bemessenen Vergütung[41]) gegeben wird, und wenn es sich um Aufbewahrung von Waaren 2c. handelt, auch noch ein sog. Lagergeld. Demselben Gedanken der Entgeltlichkeit des Handelsverkehres entspringen die Zinsen, welche der Kaufmann und insbesondere auch der Commissionär und Spediteur (Art. 290, 371, 381)[42]) für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen vom Tage ihrer Leistung oder Beschaffung an, ohne vorherige Mahnung ex lege in Ansatz bringen dürfen[42a]), sowie überhaupt die im Handelsverkehre und ins-

33) S. unten §. 143; ebenso ung. H. G. §. 399, bosn. §. 412.

34) Ebenso ung. H. G. §. 24, bosn. §. 26.

35) Uebermäßiges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist selbst dann kein Ungiltigkeitsgrund, wenn das Mißverhältnis gegen die gute Sitte verstößt. (R. O. H. G. XXI. S. 72).

36) §§. 934, 935 a. b. G. B.; vgl. außer den Lehrb. des röm. u. östr. Civilrechtes, den Comm. zum a. b. G. B. und den Lehrbüchern des H. R. und den Commentaren zum H. G. B. noch Dedekind, De vera indole et vi laesionis enormae (1837), Chambon, Beitr. z. Obl. R. I. S. 111 ff.; Koch, Recht der Forderungen III. S. 700 ff., 771 ff.; Unterholzner, Schuldverhältnisse II. S. 245 ff.; Goldschmidt, Hdb. des H. R. II. S. 596 ff.; Hasenöhrl, Obl. R. §. 90; Pineles, Ueber die Geltendmachung der Verletzung über die Hälfte bei einseit. Handelsgesch. (auch Jurist. Bl. Nr. 49 ff. v. 1894).

37) Nicht schon wenn es sich um Handelssachen, sondern nur wenn es sich um Handelsgeschäfte handelt (vgl. R. O. H. G. X. S. 433 ff.), ist die Anfechtung wegen laesio enormis ausgeschlossen, wohl aber auch schon bei nur einseitigen Handelsgeschäften. (Erk. in Geller's C. Bl. f. jurist. Praxis. VIII. S. 276). [H. G.

38) Vgl. §. 280 ung. u. §. 300 bosn.

39) Goldschmidt, System 4 Aufl. §. 86, S. 172.

40) Ung. H. Ges. §. 284, bosn. §. 304.

41) Goldschmidt, System 4. Aufl. §. 86. S. 172.

42) Vgl. ung. H. G. §§. 284, 377, 387, bosn. §§. 304, 390, 400.

42a) Art. 290 setzt Leistungen voraus, u. zw. solche Leistungen, welche nach der Verkehrssitte vergütet zu werden pflegen, nicht bloß das Geschäft vorbereitende Handlungen (R. O. H. G. XVI. S. 34), auch nicht solche Handlungen, welche schon in der anderweitigen Vertragsleistung des Gegencontrahenten Vergütung finden, z. B. im Kaufpreise, in Frachtkosten, wie z. B. Verpackung der Waaren, was jedoch in concreto stets zu prüfen ist, wie z. B. die Verpackung von Glaswaaren, die besondere Aufmerksamkeit erfordert, Gegenstand einer Vergütung sein kann (R. O. H. G. III. S. 115). Abgesehen hievon aber ist der Begriff der Geschäftsbesorgung und Dienste im weitesten Umfang zu nehmen, so daß z. B. Ueberlassung von Waaren zum Gebrauch, Crediteröffnung (Staub, Comm. §. 2 zu Art. 290), Verbürgung (R. O. H. G. XI. S. 248), selbst Saldoziehung, wenn sie als selbständige Vorschußgewährung erscheint (R. O. H. G. XXII. S. 72 ff.), darunter fällt.

besondere bei Handelsgeschäften gestatteten und üblichen Zinsen.[43]) Sie sind ein Entgelt für Kapitalsaufwand oder für den entzogenen Gebrauch von Capital oder anderen vertretbaren Sachen, eine Schadloshaltung für die entgangene anderweitige fruchtbringende Verwendung des Capitals oder eine Vergütung für die durch den gewährten Credit übernommene Gefahr. Von der Größe der Gefahr, sowie von der sich bietenden Creditgelegenheit hängt die Höhe der Zinsen ab. Wenn jedoch bei Darlehen oder Stundung von Geldforderungen zwischen Leistung und Zinsen ein auffälliges Mißverhältniß besteht, und die Nothlage oder geschäftliche Unerfahrenheit oder der Leichtsinn eines Anderen zu dessen wirthschaftlichem Verderben ausgebeutet wird, so ist eine derartige Zinsenforderung wucherisch und nach §. 1 des Ges. vom 28. Mai 1881 R. G. Bl. Nr. 47 als Vergehen strafbar. Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten jedoch nicht für Handelsgeschäfte, bei welchen Creditgeber und -nehmer Kaufleute sind (§. 14 a. a. O.). Eine besondere Entstehungsursache für Zinsen ist auch noch der Verzug eines Contrahenten, welcher vom Gesetze bei den einschlägigen Materien erwähnt wird. Solche Verzugszinsen fallen aber nicht unter die gesetzlichen Zinsen des Art. 290[44]), sondern haben einen pönalen Charakter für den säumigen Schuldner.

Sämmtliche im Vorstehenden besprochenen Zinsen können entweder auf Vertrag oder auf gesetzlicher Bestimmung beruhen. Soweit nun nicht der Thatbestand der §§. 1 u. ff. des Ges. vom 28. Mai 1881 Nr. 47 R. G. Bl. vorliegt[45]), besteht für die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen (Conventionalzinsen) keine Beschränkung; denn Art. 292 bestimmt nur, daß bei Handelsgeschäften Zinsen zu Sechs vom Hundert jährlich bedungen werden können, oder auch höhere Zinsen, wenn solche nach Landesrecht gestattet sind, was in Oesterreich der Fall ist (§. 1 des Ges. vom 14. Juni 1868 Nr. 62 R. G. Bl.), und läßt für Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, sowie bei Schulden eines Kaufmannes aus seinen Handelsgeschäften ausdrücklich auch die Vereinbarung höherer Zinsen als Sechs vom Hundert zu. Jedoch enthält das Gesetz keine Bestimmung, wie hoch die Zinsen dann anzunehmen seien, wenn die Parteien im concreten Falle zwar Zinsen verabredet, deren Höhe jedoch nicht bestimmt

43) Vgl. außer den Lehrbüchern des röm., deutschen und östr. Rechtes, außer den Comm. des a. b. G. B. und den Comm. und Handb. des H. R. noch Mommsen Beitr. z. Obl. R. III. S. 235 ff.; Koch, Recht d. Forderungen I. S. 91 ff.; Unger in Heimerl's östr. Vierteljahrschr. XIV. S. 117 ff.; Randa, Zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe (1869), und in Allg. östr. Ger. Ztg. Nr. 70 bis 77 von 1869; Hasenöhrl, Obl. R. I. §. 20; v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des östr. allg. Privatr. I. 1, §. 18; Goldschmidt, System §. 87; Silberschlag in Gruchot's Beitr. XI. S. 339 ff.; Maaßen in Busch's Arch. I. S. 127 ff.; Weinhagen ebenda IV. S. 457 ff.

44) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 290.

45) Vgl. Jaques, Die Wuchergesetzgebung im Civil- u. Strafrecht (1867); Blodig, Der Wucher und seine Gesetzgebung (1892); Caro, Der Wucher (1893); Eheberg in Schmollers Jahrb. VIII. S. 823 ff. — Rücksichtlich Deutschlands vgl. Ges. v. 19. Juni 1893; und Goldschmidt, Syst. (4. Aufl.) §. 87; Geiershöfer, Das geltende deutsche Wucherrecht; für Ungarn gilt Ges. v. 26. März 1877.

haben.[46]) Diesfalls gilt das bürgerliche Recht.[47]) Nach §. 2 des Ges. vom 14. Juni 1868 Nr. 62 R. G. Bl. gelten für diesen Fall Zinsen zu Sechs vom Hundert für ein Jahr als bedungen. Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, insbesondere auch der Verzugszinsen, ist bei Handelsgeschäften gleichfalls Sechs vom Hundert jährlich (Art. 287 Abs. 1).[48]) Dies gilt auch abgesehen von Handelsgeschäften in allen Fällen, in welchen das Handelsgesetz zwar eine Verpflichtung zu Zinsenzahlung (inbegriffen Verzugszinsen) aufstellt, ohne jedoch deren Höhe festzusetzen (Art. 287 Abs. 2)[49]), so insbesondere in den Fällen des Art. 93 (Zinsenanspruch des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft für vorgeschossene Gelder)[50]), 95 (Zinsen für die nicht rechtzeitig geleistete Einlage oder den noch rückständigen Theil derselben, sowie für nicht rechtzeitig abgelieferte für die Gesellschaft eingenommene Gelder oder für unbefugt aus der Gesellschaftscasse entnommene Gelder)[51]), 220 (Zinsen des Actionärs für den noch nicht eingezahlten Actienbetrag)[52]), 268 (Verzinsung der Einlagen der Theilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft), und 291 (Contocurrent der Kaufleute vom Tage des Rechnungsabschlusses an vom Ueberschusse).[53]) Nur vier Procent sind festgesetzt für die Verzinsung der Gesellschaftsantheile der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (Art. 106)[54]) und der Commanditisten einer Commanditgesellschaft (Art. 161).

Waren die vertragsmäßigen Zinsen höher als sechs Procent, so gilt dieser höhere Zinsfuß auch für die Verzugszinsen[55]), während bei einem niedrigeren vertragsmäßigen Zinsfuße die gesetzlichen Verzugszinsen dennoch sechs Procent betragen. Verzugszinsen kann auf Grund des Ge-

46) Bei Berathung des H. G. B. wurde der Antrag, daß, wenn bei Verbindlichkeiten aus Handelsgeschäften Zinsen ohne Angabe ihrer Höhe verabredet wurden, darunter im Zweifel Zinsen zum gesetzlichen Zinsfuße von 6% verstanden werden sollen, abgelehnt (Prot. S. 1319).

47) Von derselben Ansicht scheinen Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. z. H. G. B. III. (S. 82) auszugehen, indem sie unter dem gesetzlichen Zinsfuße zu 6 Procent bei Handelsgeschäften den in Art. 3 des bayer. Ges. v. 5. Dec. 1867 für Handelsgeschäfte festgestellten Zinsfuß verstehen. (Für andere Verbindlichkeiten schreibt dieses Gesetz fünf Procent vor). — Anders Puchelt, Comm. II. zu Art. 287 Anm. 3, Willenbücher, Das allg. d. H. G. B. 2c., Nr. 4 zu Art. 287, welche ohne Berufung auf ein Landesgesetz schlechtweg annehmen, daß, wenn der Wille der Contrahenten aus den Umständen nicht erkennbar ist, die Zinsen vom Richter mit 6% festzusetzen sind. Uebrigens kann dem Richter nicht schlechthin das Recht der Entscheidung über die Höhe des Zinsfußes je nach den Umständen des einzelnen Falles und nach dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten zugestanden werden, sondern nur insofern, als aus den Umständen des einzelnen Falles der Wille der Contrahenten erkennbar ist, da es sich hier nur um Auslegung des Parteiwillens durch den Richter, nicht aber um ein richterliches Festsetzungsrecht handelt.

48) Ebenso ung. H. G. §. 281, Abs. 1, bosn. §. 301, Abs. 1.

49) Ebenso ung. H. G. §. 281, Abs. 2, bosn. §. 201, Abs. 2.

50) Ung. H. G. §. 71, bosn. §. 75.

51) Ung. H. G. §. 73, bosn. §. 77.

52) Ung. G. G. §. 169, bosn. §. 175.

53) Ung. H. G. §. 285, bosn. §. 305.

54) Das ung. H. G. (§. 84) u. das bosn. (§. 88) enthalten keine Bestimmung über die Höhe des Zinsfußes im vorliegenden Falle, es sind daher Zinsen zu 6% zu berechnen (arg. §. 281, Abs. 2, ung. und §. 301, Abs. 2 bosn. H. Ges.)

55) So ausdrückl. §. 3 des dtsch. Reichsges. v. 14. Nov. 1867 R. G. B. Nr. 159.

setzes beanspruchen a) nach Art. 288[56]), wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite Handelsgeschäft ist[57]), eine fällige Forderung hat u. z. spätestens vom Tage der Mahnung an (Uebersendung der Rechnung gilt für sich allein[57a]) nicht als Mahnung), sofern die Forderung nicht betagt war[57b]) (§. 1334 a. b. G. B.), und vom Tage der Fälligkeit an, wenn sie betagt ist[57c]) (§. 1333 a. b. G. B.); b) nach Art. 289 Kaufleute untereinander für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften ohne vorherige Verabredung und ohne Mahnung vom Tage der Fälligkeit an.[58])

Zinseszinsen (Anatocismus) sind nach österreich. bürgerlichen Rechte erlaubt, wenn sie bedungen wurden oder wenn fällige Zinsen eingeklagt werden. Ueber ihre Höhe entscheidet die Verabredung; wurde aber hierüber nichts bedungen, so gilt der sechsprocentige gesetzliche Zinsfuß (§. 3 des Ges. v. 14. Juni 1868 Nr. 62 R. G. Bl.).[59]) Ausdrücklich erwähnt das H. G. B. die Zinseszinsen nur bei dem Contocurrente, d. i. der laufenden Jahresabrechnung unter Kaufleuten (Art. 291).[60])

Zinsen können bei Handelsgeschäften in ihrem Gesammtbetrage das Capital übersteigen (Art. 293).[61])

6. „Die Anerkennung einer Rechnung schließt den Beweis eines Irrthumes oder eines Betruges in der Rechnung nicht aus" (Art. 294).[62]) Wer eine Rechnung anerkennt, begibt sich noch nicht des Rechtes, die Rechnung wegen Irrthum oder Betrug anzufechten, sondern kann sich trotz der Anerkennung der Rechnung auf diesen Betrug oder Irrthum berufen, ohne daß ihm der Rechnungssteller die frühere Anerkennung der Rechnung entgegenhalten könnte. Hiemit will aber Art. 294 nicht etwa das Anerkenntniß zu einem selbständigen Verpflichtungsgrunde machen (— diese Frage wird in vorliegender Gesetzesstelle gar nicht erledigt —) sondern nur sagen, daß wo eine Anerkenntniß einer Rechnung als Verpflichtungsgrund vor-

---

56) Ung. H. G. §. 282, bosn. §. 302.

57) Es genügt, daß das Geschäft auf Seite des Forderungsberechtigten Handelsgeschäft ist (R. O. H. G. XI. S. 407), Kaufmannsqualität des Forderungsberechtigten ist nicht erforderlich. (R. O. H. G. XXIII. S. 413).

57a) Unter Umständen aber wohl, z. B. bei wiederholter Zusendung der Rechnung (v. Hahn, Comm. zu Art. 288; Regelsberger in Endemann's Hdb. II. S. 505).

57b) Ev. vom Tage der Klage an. (Adler-Clemens Entsch. III. S. 322, 373). Die diesbezüglichen Vorschriften des bürg. Rechtes sind durch Art. 288 H. G. B. ausdrücklich als in Kraft bestehend erklärt (vgl. auch Entsch. R. O. H. G. XII. S. 88 ff., XV. S. 38 f.; u. Erk. des östr. Obst. G. H. in Gellers C. Bl. f. jur. Praxis III. Nr. 216).

57c) Vgl. Entsch. Adler-Clemens I. Nr. 62, III. Nr. 340, 423.

58) Ebenso §. 283 ung., §. 303. bosn. H. G.

59) Hiedurch ist für Handelsgeschäfte §. 998 a. b. G. B. aufgehoben, wonach Zinsen von Zinsen nicht genommen werden dürfen, zweijährige oder ältere Zinsenrückstände aber mittels Uebereinkommen als ein neues Capital verschrieben werden können.

60) Ung. H. G. §. 285, bosn. §. 305.

61) Anders §. 1335 a. b. G. B., wonach der Gläubiger, wenn er ohne gerichtliche Einmahnung die Zinsen bis zum Betrage der Hauptschuld steigen ließ, das Recht, weitere Zinsen zu fordern, verliert; vom Tage der erhobenen Klage an können jedoch neuerdings Zinsen verlangt werden.

62) Ung. H. G. §. 267, bosn. §. 307, welche neben der Rechnung ergänzend oder exemplificirend noch den Conto (die Note) und den Contocurrent anführen.

liegt, es genügen soll, die Rechnung wegen Irrthum oder Betrug anzufechten, ohne daß es etwa einer Anfechtung des Anerkenntnißwillens selbst bedürfte.[63]) Wie der Rechnungsempfänger, so kann sich auch der Rechnungssteller unter Umständen auf einen in der Rechnung unterlaufenen Irrthum berufen.[64]) In keinem Falle bedarf es der Beisetzung der Clausel „S. E. & O.“, d. i. „salvis erroribus et omissionibus“ oder „sauf erreur et omission“ oder „Irrthum vorbehalten“.[65])

7. Art. 295 setzt fest, daß die Beweiskraft eines Schuldscheines oder einer Quittung an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden ist.[66]) Diese Bestimmung richtet sich gegen die Bestimmung des gemeinen Rechtes, daß eine Quittung erst nach 30 Tagen, ein Schuldschein erst nach Verlauf von zwei Jahren Beweiskraft erlangt, u. z. eine erhöhte den Gegenbeweis ausschließende Beweiskraft[67]). Das österreichische Recht enthält eine derartige Bestimmung nicht.

8. Die Conventionalstrafe[68]) unterliegt nach Handelsrecht rücksichtlich des Betrages keiner Beschränkung[68a]); sie kann das Doppelte des Interesse übersteigen (Art. 284 Abs. 1).[69]) Die Conventionalstrafe ist

---

63) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 294.

64) v. Hahn Comm. II. §. 2 zu Art. 294; Willenbücher H. G. B. Nr. 4 zu Art. 294. — Auf demselben Standpunkte stehen §§. 242, 1388 a. b. G. B.

65) R. O. H. G. XI. S. 276. Willenbücher H. G. B. Nr. 2 zu Art. 294. — Vgl. auch R. O. H. G. III. S. 426.

66) Das ung. und bosn. H. G. B. enthalten diese Bestimmung nicht.

67) Gegenwärtig ist auch für Deutschland die gemeinrechtliche Beschränkung beseitigt: §. 17 des Einf. Ges. zur deutschen Reichs-Civil-Proceß-Ordnung stimmt wörtlich mit Art. 295 H. G. B. überein. Nach §§. 14 u. 16 C. Pr. O. ist jeder Gegenbeweis zulässig. Dieser entfällt, wenn der Producent des Schuldscheines oder der Quittung selbst zugibt, daß eine Barzahlung nicht erfolgt ist, sondern daß die Schuld anderweitig getilgt ist, was dieser zu beweisen hätte (R. O. H. G. XIV. S. 338, Bolze, Praxis des R. G. IV. Nr. 261). Bezieht sich die Quittung auf eine stattgehabte Vernehmung, und wird darin bekannt, daß der Empfänger der Quittung dem Aussteller derselben nichts mehr schuldig sei (sog. Generalquittung), so sind alle bis dahin zahlbar gewesenen Posten für abgethan zu betrachten (§. 116. I. 16 pr. L. R. — vgl. Bolze Praxis, VIII. Nr. 191).

68) Vgl. außer den Lehrbüchern des röm. R., den Comm. u. Handb. des a. b. G. B. und des H. R. auch noch Randa in östr. Gerichts-Zeitung Nr. 70 bis 77 von 1869, v. Madeyski in Notar. Ztg. Nr. 8 ff. von 1879 (s. dagegen Randa ebenda Nr. 13), Madeyski in Ger. Ztg. Nr. 68 ff. von 1880, Hasenöhrl Obl. R. I. §. 41; de Griez in Gellers Centralbl. f. jur. Praxis III., S. 193 ff.; Neuenfeldt, Ist die Conventionalstrafe Ersatzleistung oder Strafe? (1885).

68a) Auch das richterliche Mäßigungsrecht des §. 1336 a. b. G. B. findet keine Anwendung auf die Verabredung einer Conventionalstrafe unter Kaufleuten (Erk. d. obst. G. H. in Jurist. Bl. Nr. 21 v. 1894).

69) Diese dem gemeinen Rechte entnommene Bestimmung richtet sich gegen diesbezügliche landesrechtliche Beschränkungen, wie §. 301 I. 5 des preuß. Allg. L. R., nicht aber sind dadurch etwaige landesrechtliche Beschränkungen rücksichtlich der Voraussetzungen der Conventionalstrafe berührt, so nicht §. 296 I. 5, des preuß. Allg. L. R., wonach bei theilweiser Erfüllung nicht die Conventionalstrafe, sondern nur das Interesse gefordert werden kann (R. O. H. G. XIV. S. 267 ff.; vgl. R. G. XXV. S. 350). — Nach östr. a. b. G. B. steht gegenwärtig dem Richter, eventuell unter Zuziehung von Sachverständigen, das Recht zu, die geforderte Conventional-

aber nur der Minimalbetrag, welchen der Beschädigte, ohne die Höhe des Schadens nachweisen zu müssen, von dem nicht erfüllenden Contrahenten verlangen kann, und schließt, wenn nichts anderes bedungen ist, den Anspruch auf einen höheren Schadenersatzanspruch nicht aus (Art. 284 Abs. 3)[70]; sie trägt daher auch niemals den Charakter eines Reugeldes, weshalb auch die Erlegung derselben außer im Falle besonderer Verabredung nicht von der Erfüllung des Vertrages befreit (Art. 284 Z. 2).[71])

Ob die Conventionalstrafe im einzelnen Falle den guten Sitten oder der rechtlich garantirten Freiheit (z. B. Gewerbefreiheit, Niederlassungsfreiheit) widerstreitet, ist quaestio facti.[72])

9. Die Arrha[73]) bei Handelsgeschäften ist arrha confirmatoria, An-

strafe zu mäßigen, wenn sie vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird (§. 1336); die Beschränkung des §. 1336 a. b. G. B., daß bei Darleihen der Betrag, worauf der Richter erkennt, wegen verzögerter Zahlung die höchsten Zinsen nicht übersteigen darf, ist durch §. 1 des Gesetzes v. 14 Juni 1868 Nr. 62 R. G. B. aufgehoben. Auch nach ung. H. G. (§. 272) und nach bosn. (§. 296) ist der Betrag der Conventionalstrafe nicht beschränkt.

70) R. O. H. G. X. S. 224; vgl. auch Art. 398 H. G. B., wo dasselbe rücksichtlich der für den Fall einer verspäteten Ablieferung bedungenen Conventionalstrafe bestimmt wird. — Die Conventionalstrafe soll oft nur eine Anregung für den Schuldner zu seiner Leistung sein, und ist daher im Falle der Nichterfüllung des Vertrages zu leisten, ohne Rücksicht darauf, ob aus der Nichteinhaltung des Vertrages dem Gläubiger ein Schaden entsprungen ist (Adler-Clemens V. Nr. 857), und oft wird bei deren Verabredung gar nicht erwogen, ja mitunter kann nicht einmal ermessen werden, ob sie in einem Verhältnisse zu dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung steht. Sie wird zu Gunsten des Gläubigers bedungen, würde aber, wenn sie den Maximalbetrag enthielte, welchen der Gläubiger fordern kann, in ein zu Gunsten des Schuldners bedungenes Reugeld verwandelt (Prot. S. 412). — Anders das preuß. L. R. §. 293 I, 5. — Aus der Fassung des Art. 284 H. G. B. ergibt sich zugleich, daß die Conventionalstrafe in den etwaigen Schadenersatzbetrag einzurechnen ist (vgl. das obcitirte Erkenntniß des R. O. H. G. X. S. 224). Im Zweifel werden die Verzugszinsen durch die Conventionalstrafen ersetzt (R. G. IX. S. 44). — Auch nach ung. H. G. (§. 273 Abs. 2) und nach bosn. (§. 296 Abs. 2) wird durch die Verabredung einer Conventionalstrafe im Falle des Zweifels der Anspruch auf höheren Schadenersatz nicht ausgeschlossen.

71) R. O. H. G. X. S. 224; ebenso §. 1336 a. b. G. B. und ung. H. G. §. 273 Abs. 1, bosn. §. 296. Abs. 1. — Die beiden letztgenannten Gesetze enthalten noch die ausdrückliche Vorschrift, daß, wenn die Conventionalstrafe für den Fall verabredet wurde, daß der Vertrag nicht rechtzeitig oder nicht am gehörigen Orte erfüllt wird, diese neben der Erfüllung des Vertrags verlangt werden kann (§. 273 Abs. 3 ung. und §. 296 Abs. 3 bosn. H. G.), sowie daß die Conventionalstrafe dann nicht gefordert werden kann, wenn die Erfüllung des Vertrages durch Zufall unmöglich geworden ist oder wenn der Gläubiger die Nichterfüllung verschuldet hat oder die Erfüllung des Vertrages ohne Vorbehalt angenommen hat (§. 275 ung., 296 Abs. 4 bosn. H. G.). Außerdem enthält das ung. H. G. noch darüber eine Vorschrift, wann die Conventionalstrafe in Kraft tritt: bei bedungenen Unterlassungen im Falle des Dawiderhandelns, bei positiven zu einem Thun verpflichtenden Verbindlichkeiten im Falle des Verzugs (§. 274).

72) Goldschmidt, Syst. §. 86, vgl. auch Mayer in Ztschr. f. H. R. XXVI. S. 163 ff.; Ehrenberg ebenda XXVII. S. 25 ff.; Kohler, Gesammelte Abhandlungen I. S. 62 ff., u. im Archiv f. bürg. R. V. S. 208 ff.; Lemberg, Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit (Berliner Dissert. 1888).

73) Vgl. außer den Lehrbüchern des röm. Rechts, den Lehrbüchern u. Com-

geld, und ist daher von ihrem Empfänger bei Zustandekommen des Vertrages[74]) zurückzugeben oder in Abrechnung zu bringen, falls nicht anderes verabredet wurde oder ortsgebräuchlich ist (Art. 285).[75]) Nur im Falle ausdrücklicher Vereinbarung oder für den Fall der Ortsüblichkeit läßt das H. G. B. die arrha als Reugeld (arrha poenitentialis) zu.

10. Art. 299, welcher die römische lex Anastasiana für Forderungen aus Handelsgeschäften beseitigt, ist mit Rücksicht auf §. 1394 a. b. G. B. für Oesterreich ohne Bedeutung.[76])

§. 106.

IV. Auslegung der Handelsgeschäfte.[1])

I. Nicht immer ist der Wille der Partei in ihrer Erklärung deutlich und vollständig ausgesprochen; oft bedarf es, um den Inhalt des Rechtsgeschäftes (Vertrages, Handelsgeschäftes) festzustellen, der Erforschung und Klarstellung des Willens der Partei. Deshalb gibt auch das H. G. B. dem Richter zum Zwecke der Auslegung der Handelsgeschäfte eine Reihe von Vorschriften zur Erforschung und Erklärung des Parteiwillens. So bestimmt Art. 278 H. G. B., daß bei Beurtheilung und Auslegung der

---

mentaren des bürgerl. R. und des H. R. noch insbes. Zumbach, De arrha contractuum (1828); Heßdorffer, De arrha etymologiae, historiae, iuris respectu habito (1856); Muther, Sequestration u. Arrest (1856) S. 369 ff.; Ungermann in Oestr. allg. Ger. Ztg. Nr. 17 v. 1860; Kießling ebda. Nr. 48; Johanny in Ger. H. Nr. 25, 26 v. 1864; Zróblowski in Allg. östr. Ger. Ztg. Nr. 95 von 1867; Westphal, De arrha romana (1871); Jagemann, Die Daraufgabe (1873); Koch, Das Recht der Forderungen II. S. 367 ff.; Canstein in Ger. Ztg. Nr. 8 u. 9 v. 1874; Tatasiewicz in Ger. Halle Nr. 30 ff. von 1875; v. Madeyski in Not. Ztg. Nr. 9 von 1879 und in Ger. Zeitung Nr. 75 ff. v. 1880; Hasenöhrl, Obl. R. I. §. 40. — Zur Natur der Arrha vgl. auch Entsch. Adler-Clemens I. Nr. 74.

74) Ueber das Schicksal der Arrha für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages enthält das H. G. B. keine Bestimmung; es kommen diesfalls die Grundsätze des a. b. G. B. zur Anwendung (§§. 908 ff.); vgl. v. Hahn, Staub, Commentar zu Art. 285; Adler-Clemens, Entsch. I. Nr. 46, 74, II. Nr. 157, 162, III. Nr. 250, 256, 336, 373, 431, 502, VII. Nr. 1212, VIII. Nr. 1429; anders die Begründung des Oberlandesgerichtes Brünn im Erkenntnisse vom 22. Nov. 1876 Z. 11231 in Gerichtsh. Nr. 10 v. 1880 (Adler-Clemens V. Nr. 778). Anderer Ansicht Tatasiewicz a. a. O. Nr. 32. — Selbst eine nur theilweise Nichterfüllung berechtigt den schuldlosen Theil zur Zurückbehaltung der Arrha (Adler-Clemens III. Nr. 250), und selbst bei theilbarer Leistung bleibt im Falle des Verzuges mit einem Theile der Leistung der Anspruch auf das doppelte Angeld aufrecht (Entsch. bei Geller, C. Bl. f. jur. Praxis VII. Nr. 418). — Ausführliche Bestimmungen über die Arrha enthält das ung. H. G. (§§. 276 ff.) und das bosn. (§§. 297 ff.).

75) Adler-Clemens, Entsch. VI. Nr. 891. — Auch im Falle der Nichterfüllung der Vereinbarung kann die Rückstellung der Angabe begehrt werden, wenn die Gegenpartei die Rückstellung derselben zugestanden hat (Adler-Clemens VI. Nr. 1036).

76) Das ung. u. bosn. H. G. enthält keine diesbezügliche Bestimmung.

1) Vgl. hiezu insbes. Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 238; Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 21; ferner auch Hartmann in Jhering's Jahrb. XX. S. 1 ff.; Kohler ebenda XXVIII. S. 166 ff. — H. G. B. Art. 278, 279; ung. H. G. §§. 265—267; bosn. §§. 289 bis 291.

Handelsgeschäfte[1a]) der Richter den Willen der Contrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften hat.[2]) Dieser auch im gemeinen Rechte[3]) anerkannte Satz des H. G. B. richtet sich gegen etwas enger auszulegende Vorschriften der Particularrechte[4]), ohne daß aber hiedurch die allgemeinen civilrechtlichen Interpretationsregeln bei Seite geschoben werden; doch ist in Fällen, wo der Wille der Contrahenten, der allein den Vertrag bewirkt, nicht klar und deutlich

---

1a) Nicht nur für Verträge, auch für einseitige Rechtshandlungen, nicht aber für alle Handelssachen (v. Hahn, Comm. II. §. 4 zu Art. 278), so insbesondere nicht für Formalgeschäfte (R. O. H. G. XIV. S. 202) gilt die Vorschrift des Art. 278 H. G. B. (Staub, Comm. §. 3 zu Art. 278).

2) Dieselbe Regel wie Art. 278 H. G. B. sprechen §. 265 des ung. und §. 289 des bosn. H. G. aus, welche aber in §. 266 bezw. 290 noch die weitere Regel beifügen, daß die in einem Vertrage gebrauchten Ausdrücke in ihrem gewöhnlichen Sinne zu nehmen sind, insoferne die Contrahenten nicht beweisen, daß sie den angewandten Ausdrücken einen anderen, im Handelsverkehre (gleichfalls) üblichen Sinn unterlegt haben. Ferner bestimmen die citirten Gesetzesstellen, daß in dubio den in Frage stehenden Ausdrücken jener Sinn beizulegen sei, bei welchem das Geschäft rechtswirksam ist.

3) L. 219 D. de V. S. 50, 16: In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. — Vgl. l. 6 §. 1 D. de contrah. emt. 18, 6: „in emtis enim et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est"; l. 1 Cod. plus valere 4, 22: „in contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet"; l. 3 h. t.: „Emptione pignoris causa facta, non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur"; l. 4 h. t.: „plus actum, quam scriptum valet".

4) Die einschlägigen Bestimmungen des österreichischen bürgerlichen Rechtes (§§. 6, 914, 915, 916 a. b. G. B.) legen mehr Gewicht auf die Bedeutung der gebrauchten Worte; anders Art. 278 H. G. B., der das Hauptgewicht auf den wahren Willen der Parteien legt. Während nach bürgerlichem Rechte (§§. 6, 914) den gebrauchten Worten ein anderer Sinn nicht unterlegt werden darf, als welcher sich aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht desjenigen, der sie gebrauchte, ergibt, hat der Richter bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte den Willen der Contrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften; während nach bürgerlichem Rechte ein zweifelhafter Vertrag so zu erklären ist, daß er keinen Widerspruch enthält und rechtswirksam ist (§. 914), können Handelsgeschäfte nicht aufrechtgehalten werden, wenn die Contrahenten ihren Willen erweislich auf einen Widerspruch oder einen die Unwirksamkeit des Vertrages begründenden Umstand gerichtet hätten; während nach bürgerlichem Rechte bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen wird, daß der Verpflichtete sich eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte (§. 915), ist bei Handelsgeschäften solchenfalls stets noch vorher zu erforschen, ob der Versprechende sich nicht doch die schwerere Last auflegen wollte; während nach bürgerlichem Rechte bei zweiseitig verbindlichen Verträgen eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile des sie gebrauchenden Contrahenten, gleichsam als Strafe der in dem Gebrauche undeutlicher Ausdrücke liegenden culpa, erklärt wird (§. 915), ist nach H. R. auch in diesem Falle der Wille dieses Contrahenten, falls er sich erweisen läßt, maßgebend, und kann den Contrahenten diesfalls kein Nachtheil treffen. Nur wenn der rechte Wille der Contrahenten mit den dem Richter zu Gebote stehenden Erkenntnißmitteln nicht zu erforschen ist, ist auf die Auslegungsregeln des bürgerlichen Rechtes zurückzugehen (s. oben im Texte und unten Note 5). — Auch den Vorschriften des allg. preuß. L. R. §§. 65 ff. I. 4 ist durch das H. G. B. derogirt (Motive zum preuß. Entw. des H. G. B. S. 104.)

oder unrichtig zum Ausdruck gebracht, aber auf anderem Wege zu ermitteln ist, der so erkannte Wille maßgebend, und nur wenn alle dem Richter zu Gebote stehenden Erkenntnißmittel nicht zur Erforschung oder Klarstellung des unklar oder unrichtig zum Ausdruck gebrachten Willens der Contrahenten führen, ist auf die allgemeinen Auslegungsnormen des bürgerlichen Rechtes (§§. 6, 914, 915, 916 a. b. G. B.) zurückzugehen.[5])

II. Auch für die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen der Parteien im Handelsverkehre ist in erster Linie der auf obige Weise zu erforschende Parteiwille maßgebend; nur soweit als dieser mit allen dem Richter zu Gebote stehenden Erkenntnißmitteln sich nicht ergründen läßt, ist nach Art. 279 H. G. B.[6]) auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Aber auch diese Gewohnheiten und Gebräuche sind nur Interpretationsmittel für den Willen der Parteien, und nur so weit als sie zur Erklärung von Handlungen oder Unterlassungen einer Partei dienen, kann auf sie Rücksicht genommen werden, sie treten daher auch nicht an Stelle des Parteiwillens und werden nicht Rechtsquelle zur Schöpfung des Rechtes im streitigen Falle wie das Handelsgewohnheitsrecht nach Art. 1 H. G. B.[7]), sondern sie finden nur Berücksichtigung behufs Ermittelung des Parteiwillens. Das Maßgebende aber ist hier der erkennbare Wille der Contrahenten, und keineswegs verlangt schon das Bestehen eines Gebrauches oder einer Gewohnheit an einem Orte

---

5) Staub, Comm. §. 4 zu Art. 278; Bolze, Praxis IX. Nr. 240; R.O.H.G. I. S. 21 ff., II. S. 426 ff., XIV. S. 268, R. G. XX. S. 111 f.

6) Ebenso ung. H. G. §. 267, bosn. §. 291.

7) Hierin unterscheiden sich die in Art. 279 erwähnten „im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche" von den Handelsgebräuchen des Art. 1 H. G. B. Letztere führt das Gesetz unter den Rechtsquellen an, sie bedeuten daher das Handelsgewohnheitsrecht, erstere aber bezeichnet das Gesetz nur als Mittel zur Erklärung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen im Handelsverkehre. Das Handelsgewohnheitsrecht kommt in Handelssachen als objectives Recht subsidiär — ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien sich demselben unterwerfen — zur Anwendung, aber nur ergänzend, nicht contra legem, während die Gewohnheiten und Gebräuche des Art. 279 kein objectives Recht, sondern nur Interpretationsmittel sind, und auch als solche nur dann Berücksichtigung finden können, wenn angenommen werden kann, daß sich die Parteien derselben unterworfen haben (s. oben im Text). Als Interpretationsmittel für den Parteiwillen können auch dem Gesetze widersprechende Gebräuche verwerthet werden; nur einer lex cogens darf die Handelssitte nicht widerstreiten, in welchem Falle ja auch eine dem Gesetze widersprechende ausdrückliche und klare Parteiabrede ungiltig wäre (Cosak, H. R. 2. Aufl. §. 21). Vgl. über das Verhältniß zwischen Art. 1 u. 279 insbes. v. Hahn, Comm. zu Art. 279; ebenso Goldschmidt, H. R. I. §. 36 S. 356 ff. und Gutachten über Entw. II. Lesung S. 13—15; Laband, Ztschr. f. H. R. XVII. S. 507 ff.; Makower z. H. G. B. Art. I.; Endemann im Hdb. I. §. 10; Beseler, Deutsches Pr. R. (3. Aufl.) S. 527; Staub, Comm. zu Art. 279; anderer Ansicht: Anschütz in krit. Vierteljahrsschr. I. S. 7, 8; Auerbach in Arch. f. W. R. XI. S. 54 u. Neues Handelsges. I. S. 15, 16; v. Kräwell, Comm. S. 22; Brix, Comm. S. 9; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. I. S. 18; v. Gerber, Bemerkungen zum ersten Artikel des deutschen H. G. B. (Leipziger Decanatsprogramm 1871) und Gesammelte jurist. Abhandlungen (1872) S. 427 ff. und Deutsches Pr. R. (16. Aufl.) §. 28 Note 5; Zoll in Ihering's Jahrb. XIII. S. 457 ff.

an sich, daß jede an dem betreffenden Orte vorgenommene Handlung oder Unterlassung einer Partei in dem üblichen Sinne zu deuten sei (— denn die Partei ist daran nicht gebunden —), sondern nur, wenn der Wille der Partei nicht klar ist und nicht erforscht werden kann, ist zu supponiren, daß die Partei mit einer Handlung oder Unterlassung nichts anderes bewirken wollte, als was nach den (ihr bekannten) Sitten des Verkehres an diesem Orte mit einer solchen Handlung oder Unterlassung allgemein gewollt und besagt wird, indem anzunehmen ist, daß die Partei, wenn sie durch ihre ihre Handlung oder Unterlassung Anderes hätte bewirken und besagen wollen, als sonst gewöhnlich an diesem Orte als Bedeutung oder Wirkung einer solchen Handlung oder Unterlassung angesehen wird, es wohl nicht verabsäumt hätte, ihren Willen deutlich zu erkennen zu geben.

In gewissem Sinne könnten auch noch alle jene Regeln des Handelsgesetzbuches als Interpretationsregeln angesehen und hieher gerechnet werden, in welchen das Gesetzbuch bestimmt, was „im Zweifel" d. i. bei nicht klar ausgesprochenem Parteiwillen oder bei sonstiger Unklarheit der Verhältnisse zu gelten habe (z. B. Art. 91), sowie auch jene, in welchen das Gesetzbuch normirt, unter welchen Umständen in einzelnen Fällen eine Willensäußerung als stillschweigend gegeben anzunehmen ist (z. B. Art. 323).

§. 107.

V. Abschließung der Handelsgeschäfte.

1. Persönliche Fähigkeit zum Abschlusse von Handelsgeschäften.[1])

I. Fähig Handelsgeschäfte abzuschließen ist jeder, der nach bürgerlichem Rechte fähig ist, Verträge abzuschließen, d. i. jeder civilrechtlich Handlungsfähige.[2]) Ist aber einer Person, sei es wegen ihres Amtes oder Standes, oder aus gewerbepolizeilichen oder anderen ähnlichen Gründen (z. B. steuergesetzlichen) untersagt, Handel zu treiben oder Handelsgeschäfte abzuschließen, so wird hiedurch weder die Giltigkeit noch die Eigenschaft eines Handelsgeschäftes als solchen ausgeschlossen (Art. 276), was aber nur von gegen die Person unmittelbar, nicht gegen eine gewisse Gattung von Geschäften gerichteten Verboten gilt.[3]) Seit das

---

1) Vgl. insbes. Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 239; s. die oben §§. 19 ff. angeführte Literatur; außerdem vgl. noch Schliemann in Ztschr. f. H. R. XVI. S. 22 ff.; Zimmermann, Stellvertr. negot. gest. S. 19 ff.; Kühn in Ihering's Jahrb. XVI. S. 19 ff.; Römer im Arch. f. civ. Praxis LXII. S. 161; rücksichtlich der Stellvertretung s. auch Gruchot in seinen Beitr. XII. S. 597 ff.; v. Cannstein in Gruchot, Ztschr. III. S. 670 ff.

2) Siehe oben §. 19.

3) So darf nach Handelsrecht ein Procurist, ein Handlungsbevollmächtigter, ein offener Gesellschafter ohne Genehmigung des Prinzipals. bezw. der anderen Gesellschafter weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen (Art. 56, 59, 96, 97 Abs. 1 H. G. B.; vgl. ung. H. G. §§. 53, 74, 75 Abs. 1 und bosn. H. G. §§. 56, 78, 79 Abs. 1). — Hieher gehört auch Art. 69 Abs. 2 Z. 1 H. G. B. (in Oesterreich nach Fassung des Ges. v. 4. April 1875 Nr. 68 R. G. Bl.), wonach Handelsmäkler keine Handelsgeschäfte für eigene Rechnung machen dürfen, und zwar weder unmittelbar noch mittelbar, noch als Commissionäre. Sie dürfen sich auch

Handelsrecht aufgehört hat, ein Standesrecht zu sein, hat auch die Kaufmannseigenschaft aufgehört, allgemeines Erforderniß, allgemeine Voraussetzung der Handelsgeschäfte zu sein; auch Nicht-Kaufleute können Handelsgeschäfte abschließen. Nur insofern ist die Kaufmannsqualität noch von Bedeutung, daß einzelne Geschäfte dadurch zu Handelsgeschäften werden, daß ein Kaufmann sie abschließt (s. oben §. 103), oder gewisse rechtliche Wirkungen eines Handelsgeschäftes nur dann eintreten, wenn einer der beiden Contrahenten bezw. beide Kaufleute sind (s. oben §. 103).

II. Der Abschluß von Rechtsgeschäften erfolgt, wie dies schon oben (§. 36) angedeutet wurde, häufig durch Dritte oder durch Mitwirkung Dritter, sei es durch Stellvertreter oder Bevollmächtigte oder durch Mittelspersonen (Mäkler) oder durch einfache Boten. Es ist klar, daß der Stellvertreter und der Bevollmächtigte, um einen Vertrag für andere abzuschließen, der Mäkler, um ein Geschäft zwischen zwei Anderen zu vermitteln, vollkommen handlungsfähig sein müssen; nicht so jeder, für den ein Stellvertreter handelt (z. B. im Falle der Vormund für den Mündel handelt), wohl aber jeder Vollmachtgeber und selbstverständlich die beiden Contrahenten des durch den Mäkler abgeschlossenen Vertrages. Anders verhält es sich beim Boten. Dieser ist nur der Ueberbringer der ihm vom Absender anvertrauten Willenserklärung, er ist „kein mechanisches, aber gleichwohl ein thatsächliches Werkzeug, dessen sich eine Partei bedient, um ihre Willenserklärung an den abwesenden anderen Geschäftstheil zu übermitteln.“[4]) Contrahent ist stets nur der Absender des Boten, nicht der Bote.[5]) Es kann daher auch ein Handlungsunfähiger Bote sein; und es ist daher auch irrelevant, wie dieser den Inhalt des Rechtsgeschäftes auffaßt, und ob er von einem rechtlich erheblichen Umstande (z. B. von Mängeln der Waare) Kenntniß hat oder nicht; u. z. gilt dies auch dann, wenn der Absender dem Boten bezüglich eines bestimmten Punktes eine gewisse Wahl überlassen hat[6]), z. B. ob er bezüglich dieses Punktes eine Erklärung abgeben wolle oder nicht, ob er bejahen oder verneinen wolle, ob er die eine oder die andere der ihm freigestellten Varianten melden wolle u. s. w., „wenn er nur, was allein entscheidet, dem Adressaten das Ergebniß seiner Wahl als die Entscheidung des Absenders meldet.“[7]) Wohl aber muß der Absender des Boten handlungsfähig sein, denn er handelt, er contrahirt, für ihn und nur auf seiner Seite entsteht der rechtliche Erfolg des Geschäftes, „seine Berufsstellung (ob Kaufmann oder Nichtkaufmann), seine Auffassung, sein Wissen, seine Redlichkeit sind entscheidend.“[8]) Der Bote ist aber auch nicht Bevollmächtigter, sondern nur Beauftragter, er erhält nicht eine rechtliche Macht wie der Stellvertreter, sondern nur einen that-

nicht für die Erfüllung der Geschäfte, welche sie vermitteln, verbindlich machen, noch dafür Bürgschaft leisten, die Giltigkeit der Geschäfte aber wird hiedurch nicht beeinträchtigt.

4) Regelsberger in Endemann's Hdb. III. §. 239.

5) Vgl. hiezu Regelsberger a. a. O.

6) Regelsberger a. a. O. Note 5 und S. 398; anders Schliemann in Ztschr. f. H. R. XVI. S. 22.

7) Regelsberger a. a. O. S. 398.

8) Regelsberger a. a. O. S. 397.

sächlichen Auftrag.[9]) Hieraus ergibt sich, daß, wer einer Klage gegenüber einwendet, bei einem Geschäfte nur als Bote mitgewirkt zu haben, der Klagsthatsache selbst widerspricht, weshalb dem Kläger der Beweis des Klagfactum obliegt[10]), während, wer einwendet, nur als Stellvertreter gehandelt zu haben, zwar den Geschäftsabschluß zugibt, jedoch noch weiters behauptet, das Geschäft in fremdem Namen geschlossen zu haben, weßhalb ihm der Beweis für die Einredethatsache zufällt.[11]) Der Bote kann entweder einfaches Transportwerkzeug sein, indem er die schriftliche Willenserklärung des Absenders der anderen Partei, dem Adressaten, einfach überbringt bezw. einhändigt[12]), oder er kann es übernehmen, die Willenserklärung des Absenders „in selbstgeschaffener Mittheilungsform, regelmäßig mündlich"[13]) der anderen Partei (dem Adressaten) zu berichten.[14]) In ersterem Falle ist der Bote Transport-, in letzterem Erklärungswerkzeug, in ersterem Falle ist es daher gleichgiltig, wer die Erklärung an den Adressaten bestellt, wenn sie ihm nur zukommt, in letzterem Falle aber kommt es darauf an, daß der Bote die Erklärung selbst mittheilt, nicht etwa ein Dritter, der Zeuge der Beauftragung des Boten war.[15])

§. 108.

2. Oertliche Einrichtungen für den Abschluß von Handelsgeschäften.[1])

(Märkte und Messen, Börsen.)

I. Dem Bedürfnisse der Belebung und Hebung des Güterumsatzes danken die Märkte und Messen in verkehrsarmen, unsicheren Zeiten ihre Entstehung; eben dieses Bedürfniß verbunden mit jenem nach gegenseitiger Abrechnung sichert den Märkten und Messen auch jetzt noch, da ihre Privilegien, die Markt- und Meßfreiheiten, gefallen sind, ihre Existenz. Zugleich aber fördern Märkte und Messen den Wettbewerb der Kaufleute

9) R. O. H. G. IX. S. 385.

10) Regelsberger a. a. O. S. 398; vgl. Römer im Arch. f. civ. Praxis LXII. S. 161; Thöl, H. R. §. 72 meint, daß die Frage, ob Stellvertretung oder Botendienst vorliege, zunächst nach den Umständen zu entscheiden ist, daß aber „im Zweifelsfalle, der voraussetzt, daß die Entstehung des Vertrages des Willens des Institors nicht bedarf", dieser nicht als Contrahent gelten könne, „weil sein ihn verpflichtender Wille eben zweifelhaft ist"; Thöl nimmt hienach im Zweifel Botendienst an.

11) Regelsberger a. a. O. S. 398 und ebenso Maxen, Beweislast S. 104, Laband in Ztschr. f. H. R. X. S. 214 Note 51; vgl. Thöl, §. 74 Note 10; anderer Ansicht Römer a. a. O. S. 160; R. O. H. G. XXII. S. 224; R. G. II. S. 195, III. S. 122, 123.

12) So der Briefträger, so auch der Bote, der das Telegramm bestellt.

13) Regelsberger a. a. O. S. 397.

14) So der Dienstmann, der die ihm mündlich aufgetragene Mittheilung mündlich berichtet; so auch die Telegraphenanstalt als solche (Regelsberger a. a. O. S. 397).

15) Vgl. hiezu Regelsberger a. a. O. S. 397. So auch Zimmmermann, Stellvertr. negot. gest. S. 19 u. ff.; Schliemann in Ztschr. f. H. R. XVI. S. 1 ff. und Kühn in Ihering's Jahrb. XVI. S. 19, der zwischen „Erklärungsträger" und „Erklärungsperson" unterscheidet.

1) Vgl. zur folgenden Darstellung insbes. Goldschmidt, System des H. R. §. 88.

und Gewerbsleute in dem Streben, stets Besseres zu produciren bezw. feilzubieten.

Der Markt[2]) ist die regelmäßige oder periodische Versammlung von Kaufleuten oder Gewerbsleuten zum Zwecke des Güteraustausches oder auch wohl gegenseitiger Abrechnung, an bestimmten allgemein zugänglichen Orten.[3]) Ein dem internationalen Großhandel dienender Markt heißt Messe.[4]) Der Sprachgebrauch schwankt; man spricht von Wollmarkt und von Tuchmessen.[5]) Ueber den Marktverkehr und dessen Regelung, sowie über die Unterscheidung von Wochen- und Jahrmärkten wurde bereits oben (§. 22) gesprochen. Während die Wochenmärkte jetzt insbesondere zum Verkaufe der schnellem Verderb ausgesetzten Nahrungsmittel dienen, die Jahrmärkte aber bereits ihre ursprüngliche Bedeutung verloren haben[6]), gewinnen in der Gegenwart die Specialmärkte für einzelne Gattungen von Gegenständen (z. B. Vieh, Wolle u. s. w.) immer mehr an Bedeutung. Durch diese wird dem Kleinbetriebe nicht nur ein größerer Waarenumsatz ermöglicht, ja er erlangt hiedurch sogar ähnliche Vortheile im geschäftlichen Verkehre, wie sie sonst nur der Großbetrieb gewährt, und insbesondere auch den Vortheil regelmäßigerer, weniger von individuellen Zufälligkeiten und wucherischer Ausbeutung abhängiger Preisbildung.

Besondere gesetzliche Bestimmungen bestehen noch für Markt- und Meßwechsel (Art. 4, 18, 35 W. O.).[7])

II. Ein besonderer Markt für den Großhandel ist die Börse.[8])

---

2) v. Hermann, Staatswirthschaftl. Untersuchungen 2. Aufl. S. 391; Schäffle, Das gesellschaftl. System II. S. 141, 220; Menger, Grundsätze der Volkswirthschaftslehre I. S. 241 ff.; Goldschmidt, Hdb. (3. Aufl.) I./1., (Universalgesch. d. H. R.) S. 24.

3) Goldschmidt, System §. 88.

4) Goldschmidt Hdb. 3. Aufl. I. (Universalgesch. d. H. R.) S. 224; und in Ztschr. f. H. R.) XL. S. 1 u. ff.; Hasse, Zur Geschichte der Leipziger Messen 1885.

5) Goldschmidt, System §. 88.

6) Schmoller, Zur Geschichte der deutschen Kleingewerbe (1870) S. 186, 215.

7) Nach der deutschen Reichs-Civil-Proceßordnung ist für Klagen aus den auf Messen oder Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und Wochenmärkte geschlossenen Handelsgeschäften (Meß- und Marktsachen) das Gericht des Meß- oder Marktortes zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Proceßführung berechtigter Vertreter desselben sich am Orte und im Bezirke dieses Gerichtes aufhält. Sie gelten als schleunige Sachen, die Einlassungsfrist (d. i. die Frist von der Zustellung der Klageschrift bis zum ersten Termine zur mündlichen Verhandlung) sowohl im Verfahren vor den Landgerichten (§. 234 deutsche R. C. P. O.) als vor den Amtsgerichten (§. 459) und die Ladungsfrist (§. 194) können bis auf 24 Stunden verkürzt werden; und sie gelten auch als Feriensachen, d. h. ihre Erledigung darf während der Gerichtsferien nicht sistirt werden (§. 202, Abs. 2 Z. 3 deutsches Gerichts-Verf.-Ges.).

8) Goldschmidt, Handb. des H. R. I./1. (Universalgesch. d. H. R.) S. 224; Ehrenberg in Ztschr. f. H. R. XXX. S. 445; Grünhut in Ztschr. f. Priv. u. öff. R. II. S. 535 ff.; Blodig in Ztschr. f. H. R. III. S. 534; Struck, Die Effectenbörse (1881); Grünhut in Endemanns Hdb. d. H. S. u. W. R. III. S. 1 ff.; Behrend, H. R. I. §. 60; Goldschmidt, Syst. §. 88; Koch in v. Holtzendorffs Rechtslexicon I. unter „Börse“, woselbst reiche Literaturangaben; Saling, Die Börsenpapiere I. Th., die Börse und die Börsengeschäfte (1874).

Darunter versteht man vorerst den öffentlichen — mitunter nur gegen Eintrittsgeld und unter besonderen durch die Börsenordnung gegebenen Bedingungen zugänglichen — Ort (Gebäude oder freien Platz), wo sich mit öffentlicher Genehmigung die Kaufleute eines Handelsplatzes und andere am Handelsverkehre betheiligte Personen (Mäkler, Agenten u. s. w.) behufs Abschlusses von Handelsgeschäften zu bestimmten Zeiten zu versammeln pflegen. Es wird jedoch auch diese Versammlung selbst als Börse bezeichnet, oder auch der Verein der Börsenbesucher als Ganzes, die Börsencorporation.[9]) Die Börsen gingen zunächst aus den örtlichen Vereinigungen der Kaufleute, den Gilden und Innungen des Mittelalters, hervor, die auf den Plätzen, wo die Jahrmärkte abgehalten wurden, in früherer Zeit eigene Niederlagen, Packhöfe, Kaufhäuser[10]) errichteten, in und vor welchen sie ihre Geschäfte abwickelten. Der Name Börse (von dem mittelalterlichen bursa, d. h. Geldbeutel) dürfte aus Belgien stammen, wo die Patricierfamilie van der Burse, in und vor deren Hause (ter burse) in Brügge regelmäßige Zusammenkünfte von Kaufleuten stattfanden, in dem auf ihrem Hause angebrachten Wappen den Geldbeutel (Drei Börsen) führte.[11]) Die erste officielle Börse entstand in Antwerpen (1531) und zwar ohne Beschränkung auf bestimmte „Nationen".[12])

Je nachdem auf der Börse Geschäfte mit Geld und Werthpapieren oder Geschäfte mit anderen Waaren betrieben werden, unterscheidet man Geldbörsen (auch Fonds-, Effectenbörsen genannt) und Waarenbörsen. (Productenbörsen), und je nach der Waare ergeben sich noch weitere Specialisirungen (z. B. Mehlbörse, Fruchtbörse).

Die Errichtung einer Börse bedarf, wie schon oben angedeutet wurde, der staatlichen Genehmigung. Diese Bewilligung wird vom Finanz- und Handelsministerium nach Anhörung der Handels- und Gewerbekammer ertheilt. (§. 1 des Ges. betr. die Organisirung der Börse vom 1. April 1875 Nr. 67 R. G. Bl.)[13] Nicht genehmigte Börsen (Winkelbörsen) dürfen nicht bestehen, und die Theilnahme an solchen wird mit Geldstrafen bis 1000 fl. oder Arrest bis vier Wochen bestraft (§. 1 Börsenges.). Gegenwärtig bestehen staatlich genehmigte Börsen in Wien (Effectenbörse und Frucht- und Mehlbörse), Prag und Triest. Die staatlich genehmigten Börsen stehen unter selbständiger Leitung (Börseleitung) und unter staatlicher Aufsicht (§§. 1, 4 Börsenges.). Der Geschäftsgang und die Aufrechthaltung der Ordnung in den Börsenversammlungen beruht auf dem bereits citirten Gesetze vom 1. April 1875 R. G. Bl. Nr. 67 betr. die Organisirung der Börsen und auf den auf Grund des §. 2 dieses Gesetzes verflossenen Statuten

---

9) Grünhut in Endemanns Hdb. III. S. 1; Goldschmidt, System. §. 58; Behrend, H. R. I. §. 60.

10) In Italien hatte jede bedeutende Handelsstadt seit dem 13. Jahrhundert ihre Loggia und ihre Mercati. Die Versammlungen heißen Loggie, Broletti, Collegi.

11) Vgl. hiezu Grünhut in Endemanns Hdb. III. S. 2, wo insbesondere in des Note 2 noch andere Erklärungsversuche Wortes Börse erwähnt werden; über die Börse von Brügge s. insbes. Ehrenberg in Ztschr. f. H. R. XXX. S. 445 u. ff.

12) Goldschmidt, System §. 88, Grünhut bei Endemann §. 277.

13) Ebenso in den Einführungsgesetzen zum H. G. B. von Preußen (Art. 3), Württemberg (§. 12), Braunschweig (§. 2).

für die einzelnen Börsen[14]) die von dem Kaufmannsstande festgestellt werden und der Genehmigung des Finanz- und des Handelsministers bedürfen. Dieses Statut muß nach §. 2 des Börsengesetzes enthalten: 1) die Geschäftszweige des betreffenden Börseverkehrs, 2) die Bedingungen für die Mitgliedschaft und den Besuch der Börse, 3) Rechte und Pflichten der Mitglieder und Besucher der Börse, 4) Art der Aufbringung der Mittel zur Erhaltung der Börse, die mindestens für das erste Jahr sichergestellt sein müssen, 5) die Bestimmungen über die Börsenleitung und ihre Organe, deren Bestellung und Rechte und Pflichten, 6) die Erfordernisse zu giltigen Beschlußfassungen, Ausfertigungen und Bekanntmachungen der Börseleitung, und deren Verlautbarung; 7) die Art der Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten aus Börsegeschäften. (Börseschiedsgericht)[15]), 5) die Verwendung des Vermögens im Falle der Auflösung der Börse. Aenderungen des Statuts beschließt die Börseleitung; dieselben bedürfen selbstverständlich gleichfalls der Genehmigung des Finanz- und Handelsministeriums. (§. 2 Abs. 3).

Die Börsen sind Jedermann, auch Nichtkaufleuten zugänglich[16]), sofern nicht gesetzliche Ausschließungsgründe vorliegen. Nach §. 5 Börseges. sind vom Börsebesuche ausgeschlossen: 1) Personen weiblichen Geschlechtes; 2) in vermögensrechtlicher Beziehung nicht Eigenberechtigte; 3) Cridatare während der Dauer des Concurses und wenn sie wegen schuldbarer Crida verurtheilt wurden, auch noch drei Jahre nach Vollendung ihrer Strafe; 4) wer seinen aus einem Börsegeschäfte entspringenden Verpflichtungen nicht entsprochen hat, und zwar insolange er diesen Verpflichtungen

14) Hieher gehören die noch theilweise giltigen kais. Patente vom 11. Juli 1854 Nr. 200 R. G. Bl. betr. die Wiener Geldbörse und vom 26. Febr. 1860 Nr. 58 R. G. B. betr. die Waarenbörsen und Waarensensale; die Börsenstatuten für die Wiener Börse (genehmigt vom Handels- und Finanzministerium am 1. October 1875), die Bedingungen für den Handel in Effecten, Devisen und Valuten an der Wiener Börse, die Arrangementordnung für die Wiener Börse (beide durch die W. Börsenkammer kundgemacht und v. 1. Jänner 1882 an wirksam); das Statut der Wiener Frucht- und Mehlbörse (genehmigt vom Finanz- und Handelsminist. am 27. Nov. 1875), die Bestimmungen für den Geschäftsverkehr an der Wiener Frucht- und Mehlbörse (Usancen), (festgestellt vom Börsenvorstande); die Verordnungen der n. östr. Statthalterei v. 8. Dec. 1875 Nr. 70 L. G. Bl., 17. Jänner 1877 Nr. 1 L. G. Bl. u. 17. Jänner 1877 Nr. 2 L. G. Bl. betr. die Höhe der Mäklergebühren für Effectensensale, bzw. Waarensensale, bzw. Sensale an der Frucht- u. Mehlbörse; Statut f. die Prager Börse, Statut f. die Triester Börse; Gesetz über das Promessengeschäft v. 7. Nov. 1862 Nr. 85 R. G. Bl.; und über das Ratengeschäft v. 30. Juni 1878 Nr. 90 R. G. Bl.

15) §. 6 Börsengesetz; §§. 52 ff. des Wiener Börse-Statuts, §§. 50 ff. des Prager Statuts, Art. 18 des Triester Statuts. — Vgl. Geller im C. Bl. f. jur. Praxis II. S. 276 ff., 386 ff., 526 ff.; Kornfeld in Jurist. Bl. Nr. 13 v. 1884.

16) Ebenso in den neuesten deutschen Börsenverordnungen, Berlin §. 2 (Ztschr. f. H. R. X. S. 525), Leipzig §. 3 (Ztschr. f. H. R. XV. S. 517), Stuttgart 52 (Ztschr. f. H. R. XXIII. Beil. S. 346), Frankfurt a. M. §. 2. (Busch, Arch. f. H. u. W. R. X. S. 158). In der Hamburger Börsenordnung heißt es in §. 19: „Der Zutritt steht dem gesammten anständigen männlichen Publikum frei." (Ztschr. f. H. R. XV. S. 177). Nach der Bremer Börsenordnung ist die Börse nur eine Versammlung von Kaufleuten. (Ztschr. f. H. R. XII. Beil. S. 168).

nicht nachkommt; 5) wem wegen Uebertretung der Börsevorschriften oder wegen Verbreitung falscher Gerüchte das Recht des Börsebesuches (auf bestimmte Zeit) durch die Börseleitung entzogen wurde (§. 17), wogegen dem Ausgeschlossenen, wenn diese Ausschließung länger als 3 Wochen dauern soll, die Berufung an die politische Landesbehörde zusteht (§. 17); 6) wer wegen einer strafgerichtlichen Verurtheilung von der Wählbarkeit in die Gemeindevertretung ausgeschlossen ist, für die Dauer dieser seiner Ausschließung; 7) wer wegen Schleichhandels oder schwerer Gefällsübertretung von der Fortsetzung oder dem Antritte eines Handels- oder Gewerbebetriebes ausgeschlossen ist für die Dauer dieser Ausschließung.

Eine Pflicht zum Börsebesuch besteht nur für Mäkler (Art. 69 Z. 8 nach der Fassung des östr. Mäklerges. v. 4. April 1875 Nr. 68 R. G. Bl. §. 1).

Im öffentlichen Börselocale in der festgesetzten Börsezeit über solche Verkehrsgegenstände, welche an der betreffenden Börse gehandelt und notirt werden dürfen, deren Bestimmung dem Finanzminister nach Anhörung der Börseleitung zusteht (§. 9), abgeschlossene Geschäfte sind Börsengeschäfte (§. 12 Börseges.) Für Eingehung, Inhalt und Wirkung solcher Geschäfte entwickeln sich an der Börse bestimmte Gebräuche. Diese sind zumeist Handelsgebräuche im weiteren Sinne des Art. 279 H. G. B., Börseusancen genannt, nur selten Handelsgewohnheitsrecht.

Der Durchschnittspreis, der sich aus sämmtlichen an einem und demselben Tage über eine bestimmte Waare an der Börse abgeschlossenen Geschäfte (Verkäufe) ergibt, ist der Börsepreis dieser Waare oder bei Geld und Effecten der Börsencurs. Die amtliche Ausmittelung dieser Preise bzw. Curse der an der Börse umgesetzten Verkehrsgegenstände hat an jedem Börsentage für jede Waaren- und Effectengattung nach dem Schlusse der Börse auf Grund der von den Handelsmäklern während der Börse abgeschlossenen Geschäfte und der den Mäklern in Ausübung ihres Amtes bekannt gewordenen Daten unter Aufsicht des Börsecommissärs von Mitgliedern der Börseleitung zu geschehen. Das amtliche Cursblatt (Preisliste) ist ohne Verzug durch die Börseleitung zu publiciren. (§. 8 Börseges.)

Der Effectenumsatz an der Börse unterliegt gegenwärtig einer Besteuerung (Ges. v. 18. Sept 1892, Nr. 172 R. G. Bl., und Durchführungs-Verordnung v. 10. Nov. 1892).[17])

§. 109.

3. Der Abschluß der Handelsgeschäfte.[1])

I. Ein Vertrag kommt in der Regel in der Weise zustande, daß der eine Theil (Antragende, Antragsteller, Offerent genannt), dem anderen

17) Siehe §. 110, Note 21.

1) Literatur bei Windscheid, Pandecten II. §§. 306, 307 und Goldschmidt, System §. 89; Regelsberger in Endemann's Hdb. §§. 240 ff.; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. I. S. 283 ff.; K. Adler im Jahrb. f. Dogmat. XXXI. S. 190 ff.; Maaß, Der Vertragsabschluß auf electr. Wege (1889). — H. G. B. Art. 318—323, 337; ung.

(Antragsempfänger, Adressat, auch „Oblat“[2] genannt) den Inhalt des beabsichtigten Geschäftes mit dem Willen kundgibt, dessen Zustimmung und hiedurch die Entstehung des Vertrages zu erlangen.[3]) Eine solche Willensäußerung heißt Antrag, die Zustimmung hiezu Annahme.[4]) Ein solcher Vertrag erscheint sohin als ein angenommener Antrag.[5]) Damit eine solche Willensübereinstimmung zustande kommen kann, müssen Antrag und Annahme die Erfordernisse einer giltigen Willenserklärung an sich tragen, d. h. Antrag und Annahme müssen frei, ernstlich, bestimmt und verständlich ausgesprochen werden; es darf auch kein Vertragstheil vom anderen zum Vertragsabschlusse gezwungen oder zu diesem Zwecke irregeleitet worden sein. Dies gilt nicht nur im bürgerlichen Rechte, sondern auch im Handelsverkehre; denn das Handelsgesetzbuch, welches keine Bestimmungen rücksichtlich der Willensmängel enthält, setzt diesbezüglich jene des bürgerlichen Rechtes (§§. 869 ff. a. b. G. B.)[6]) voraus.

II. Wesentliche Erfordernisse eines Antrages sind Vollständigkeit des Inhaltes und die Absicht des Antragstellers sich durch denselben zu binden[7]);

H. G. §§. 314—320, 336; bosn. §§. 330 bis 336, 352.

2) Statt „Oblat“ (s. hierüber Regelsberger, Pandecten I. §. 150 Note 2) ist „Antragsempfänger“ (ev. auch noch „Adressat“) vorzuziehen. Das H. G. B. gebraucht die Ausdrücke „Antrag“, „Antragender“, „Annahme“ (Art. 297, 318 bis 322, 337), für die Partei aber, an welche der Antrag gerichtet' ist, hat es keine technische Bezeichnung; in Art. 320 heißt sie schlechtweg „der andere Theil“.

3) Regelsberger, Pandecten I. §. 150.

4) Ueber Antrag und Annahme vgl. insbes. Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen §§. 9—24; derselbe in Endemann's Hbd. II. §§. 244 ff. und Pandecten I. §. 150; dann Scheurl in Ihering's Jahrb. II. S. 248 ff.; Köppen ebenda XI. S. 139 ff. (auch Separatabdruck: Der obligatorische Vertrag); Hauser in Ztschr. f. H. R. XII. R. 34 ff.; Sohm ebenda XVII. S. 16 ff., 372 ff.; Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (1873); Kühn in Ihering's Jahrbüchern XVI. S. 1 ff.; Marsson, Die Natur der Vertragsofferte (Greifswalder Dissertat.); Gardeike, Die Verträge unter Abwesenden (1882); Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entw. eines bürg. Gesetzb. f. das deutsche Reich. I. S. 120 ff.; Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung (1893). — Vgl. auch die Motive zum Entw. eines bürg. Gesetzb. f. das deutsche Reich I. S. 161 ff.

5) Vgl. die Begriffsbestimmung des a. b. G. B. §. 861: „Wer sich erkläret, daß er Jemandem sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen giltig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Theile ein Vertrag zustande. So lange die Unterhandlungen dauern und das Versprechen noch nicht gemacht, oder weder zum Voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.“ — Ueber den Begriff des Rechtsgeschäftes und des Vertrages insbes. vgl. die Literaturangaben bei Windscheid, Pandecten §. 69 Note 1, §. 75, und in Abhandlung „Wille und Willenserklärung“ Acad. Programm 1878 (abgedruckt im Arch. f. civ. Pr. LXIII. S. 72 ff.) und bei Regelsberger, Pandecten I. §§. 135 u. 149 in Note *.

6) Vgl. hiezu die Commentare von Stubenrauch (4. Aufl.) und Kirchstetter, u. Krainz, Syst. I. §§. 105 ff. S. 335 ff.; Hasenöhrl, Oestr. Obl. R. I. §§. 43 ff.; Ofner in Grünhut's Ztschr. XVII. S. 331 ff.; insbes. aber Unger, Syst. II. §§. 80 ff., und die bei den Genannten angeführte Literatur.

7) Vgl. hiezu Regelsberger in Endemann's Hbd. II. §. 244, Pandecten a. a. O.

der Antrag muß die wesentlichen Punkte des abzuschließenden Vertrages enthalten und in solcher Absicht gestellt sein, daß mit der zustimmenden Antwort (Annahme) des anderen Vertragstheiles die zur Vollendung des Geschäftes erforderlichen Willenserklärungen vorliegen, und der Vertrag zustande kommt. Ausdrücke wie „frei bleibend", „ohne Obligo", „Widerruf vorbehalten" u. s. w.[8]), schließen bindenden Willen aus. Der Mangel eines bindenden Willens kann sich aber im concreten Falle auch aus anderen Umständen ergeben. Es ist daher im gegebenen Falle stets zu prüfen, ob ein bindender Antrag vorliegt oder nicht; eine Richtschnur für die Beurtheilung und Entscheidung dieser Frage gibt rücksichtlich des Verkaufes Art. 337[9]): „Das Anerbieten zum Verkaufe, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht, oder bei welchem die Waare, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kaufe."[10]) Es kann daher z. B. aus der Abgabe der Erklärung an einen Anderen als an jenen, mit welchem der Vertrag abgeschlossen werden soll, oder aus dem gleichzeitigen Anbote einer und derselben Sache an Mehrere oder aus dem Mangel der Angabe der Quantität und Qualität der Waare oder einer genügenden Preisbestimmung, auf den Mangel der bindenden Absicht des Offerenten geschlossen werden. Daher gelten auch öffentliche Verkaufsanzeigen von Kaufleuten, (Buchhändlern) und Privatpersonen, die Ankündigung von Theater-, Concert-, Ball-, Omnibusunternehmern, der Post- und Telegraphenanstalt nicht als bindende Anträge, und die Veröffentlichung von Tarifen seitens jener Anstalten, welche wie Eisenbahnen-, Post- und Telegraphenanstalten ex lege das ordnungsmäßige Ansuchen um Beförderung nicht zurückweisen dürfen[11]), erscheint nicht als Vertragsanerbieten; wohl aber können die letztgenannten Anstalten wegen grundloser Weigerung auf Eingehung des Vertrages und Schatzenersatz belangt werden.[12])

Das H. G. B. knüpft an einen Antrag zweierlei Wirkung[13]): durch einen rechtswirksamen Antrag wird 1. der Antragsteller für eine bestimmte Zeit gebunden (Art. 318, 319)[14]), 2. der Antragempfänger in die Möglichkeit versetzt, den ihm angebotenen Vertrag entweder durch seine Zusage

---

8) R. O. H. G. XIV. S. 81; rücksichtlich der entgegengesetzten Ausdrücke wie z. B. „fest anstellen", „an der Hand lassen", vgl. R. O. H. G. VII. S. 178 ff. Als Antrag wurde unter anderem erklärt die Fassung „Wir sind nicht abgeneigt zu kaufen, und proponiren ꝛc." (vgl. Erk. in Seuffert's Arch. XXVII. Nr. 107), oder „Ich bin Willens zu kaufen" (Vgl. Erk. in Ztschr. f. Zürch. Rechtspflege XXI. S. 139).

9) Ung. H. G. §. 336 Abs. 2; bosn. H. G. 352 Abs. 2.

10) Vgl. hiezu insbes. v. Hahn, Comm. II. zu Art. 337.

11) H.G.B. Art. 422; vgl. auch §. 3 des deutschen Postges. v. 28. Oct. 1871 und §. 1 der deutschen Telegr. Ordn. vom 15. Juni 1891 und §. 5 des deutschen Gesetzes über das Telegraphenwesen vom 6. April 1892 (s. auch unten §. 148).

12) Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 244 S. 428, 429.

13) Vgl. hiezu Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 245.

14) Vgl. ung. H. G. §§. 314 Abs. 2, 315; bosn. §§. 330 Abs. 2, 331.

15) Vgl. ung. H. G. §§. 314 Abs. 2, 318; bosn. §§. 330 Abs. 2, 334.

(Art. 318, 321)[15]) oder unter Umständen schon durch die bloße Nichtablehnung (durch Stillschweigen) ins Leben zu rufen (vgl. Art. 323).[16])

1. Indem das H. G. B. (Art. 318, 319) den Antragsteller für bestimmte Zeit an seinen ohne Vorbehalt gestellten Antrag gebunden erklärt, bestimmt es nicht nur, daß innerhalb dieser Frist der Antrag rechtswirksam angenommen werden kann, sofern nur die Annahmeerklärung noch vor Ablauf dieser Frist dem Offerenten zukommt, sondern erklärt zugleich auch für eben diese Zeitdauer den Antrag für unwiderruflich.[17]) Ein Widerruf des Antrages ist daher nur möglich, so lange der Antragsteller noch nicht an seinen Antrag gebunden ist, oder sobald er nicht mehr an denselben gebunden ist. Es ist daher von Wichtigkeit, den Zeitpunkt, von welchem ab die Gebundenheit des Offerenten an seinen Antrag beginnt, und die Zeitdauer derselben, bezw. den Zeitpunkt, mit welchem sie erlischt, festzusetzen. Das H. G. B. geht bei Aufstellung der Sätze für den Widerruf in Art. 320 von dem Grundsatze aus, daß eine einen Vertragsabschluß betreffende Erklärung einer Partei überhaupt in dem Augenblicke rechtliche Wirkung erlangt, in welchem sie bei dem anderen Theile ankommt[18]); daher bis zu diesem Augenblicke widerruflich und noch nicht bindend, von diesem Augenblicke an aber vollwirksam, bindend, unwiderruflich ist. Hienach ist der Offerent erst von dem Zeitpunkte des Eintreffens seines Antrages bei dem anderen Theile gebunden, so daß ein Widerruf des Antrages dann wirksam ist, wenn er den anderen Theile früher als der Antrag oder gleichzeitig mit diesem[19]) zukommt. Rücksichtlich der Dauer der Gebundenheit unterscheidet das H. G. B. in Art. 318 und 319 zwischen Vertragsabschlüssen unter Gegen-

---

16) Ung. H. G. §. 320, bosn. §. 336.

17) Ebenso §. 862 a. b. G. B. und preuß. L. R. I. 5, §. 103; anders nach gemeinem Rechte. (Regelsberger, Pandecten I. §. 150; ebenso die älteren Pandectenlehrbücher; von den neueren Windscheid §. 307 Note 7a; Dernburg II. §. 11 Note 11, 12; Wendt §. 200; A. A. Bekker, §. 94 Beil. IV. und Erk. d. R. O. H. G. in Seuffert's Arch. II. Nr. 17, VIII. Nr. 24, XIV. Nr. 15, XXVI. Nr. 228, XXXIII. Nr. 161).

18) Siehe hiezu v. Hahn, Comm. II. zu Art. 320.

19) Ueber den Begriff des gleichzeitigen Eintreffens s. insbes. v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 320. Hienach sind als gleichzeitig eingetroffen anzusehen: vorerst alle mit derselben Gelegenheit (Briefträger, Bote) im Comptoir angekommenen Briefe, oder die von dem Telegraphenboten zusammen überbrachten Telegramme; ferner auch solche Briefe 2c., welche zwar nach einander eingegangen sind, „deren Eingang aber in eine Zeit traf, in welcher ihr Inhalt der allgemeinen Geschäftsorganisation nach nicht sofort zur Kenntniß des Adressaten kommen konnte (z. B. der eine Brief geht Abends nach Schluß des Comptoirs, der andere am folgenden Morgen vor Eröffnung des Comptoirs ein)", vorausgesetzt, daß „Alles gemäß dem üblichen Geschäftsverfahren vor sich gegangen war. Anders, wenn der Principal etwa angeordnet hatte, daß ihm gewisse Briefe auch außerhalb der Comptoirstunden sofort übergeben würden, und er in Folge dessen die betreffenden Briefe nach einander erhalten hatte." Wenn jedoch ein schon früher noch innerhalb der Comptoirstunden eingegangener Brief „aus einem besonderen, nicht in der allgemeinen Geschäftsorganisation liegenden Grunde nicht vor Ankunft des späteren vom Adressaten erbrochen wurde", so ist er nicht als gleichzeitig mit dem während der Zeit,

wärtigen und unter Abwesenden[20]). A) Auf einen Antrag unter Gegenwärtigen zum Abschlusse eines Handelsgeschäftes muß die Annahmeerklärung sogleich[21]) abgegeben werden, widrigenfalls der Antragende nicht länger gebunden ist (Art. 318)[22]). Aus dieser gesetzlichen Bestimmung ergibt sich, daß damit, von einem Antrage unter Gegenwärtigen die Rede sein kann, die Vertragsschließenden sich in solcher körperlichen Nähe befinden, oder so einander gegenüberstehen müssen, „daß sie von Person zu Person verhandeln können“[23]); und „daß eine sofortige unmittelbare mündliche Gegenerklärung möglich ist“.[24]) Die Verhandlung muß aber nicht gerade eine mündliche sein; denn es kann auch durch Zeichen oder schriftlich verhandelt werden, sei es wegen eines körperlichen Gebrechens eines der Contrahenten (z. B. Taubheit, Stummheit) oder um zu verhindern, daß etwa anwesende Dritte Kenntniß des Inhaltes des Rechtsgeschäftes und der Verhandlungen erlangen, oder um sich Beweismittel zu verschaffen.[25]) Auch ein telephonisch oder mittels eines den Contrahenten allein zur Verfügung stehenden Privattelegraphen (nicht aber ein mittels Staatstelegraphen) gestellter Antrag gilt als ein Antrag inter praesentes.[26]) Für den Begriff des Vertrages unter Gegenwärtigen

---

als das Comptoir geschlossen war, eingelangten Briefe eingetroffen anzusehen. Kann jedoch nicht bewiesen werden, daß die eine Erklärung vor der anderen eingetroffen ist, so ist Gleichzeitigkeit des Eintreffens anzunehmen.

20) So auch das ung. H. G. (§§. 314 ff.) und das bosn. (§§. 330 ff.). — Das östr. allgem. bürg. Gesetzbuch (§. 862) unterscheidet zwischen mündlichen und schriftlichen Verträgen: ein mündliches Versprechen muß ohne Verzug angenommen werden; „bei einem schriftlichen kommt es darauf an, ob beide Theile sich an demselben Orte befinden oder nicht. Im ersten Falle muß die Annahme in vierundzwanzig Stunden, im zweiten aber innerhalb jenes Zeitraumes, welcher zur zweimaligen Beantwortung nöthig ist, erfolgen, und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden, widrigenfalls ist das Versprechen erloschen. Vor Ablauf des festgesetzten Zeitraumes kann das Versprechen nicht zurückgenommen werden.“

21) D. i. nach §. 904 a. b. G. B. „ohne unnöthigen Aufschub“; der Antrag muß also, um rechtswirksam zu sein, „in continenti angenommen sein“ (v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 318). Ob dies der Fall ist, ist im einzelnen Falle Thatfrage (vgl. hierüber v. Hahn, Comm. a. a. O. und Schliemann, kritische Bemerkungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches [1858] S. 66 Note 41).

22) Ebenso ung. H. G. §. 314 Abs. 2; bosn. §. 330 Abs. 2.

23) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 318.

24) Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 246 S. 434; vgl. Kohler in seinem Arch. f. bürg. R. I. S. 301; Maas, Vertragsschluß auf electrischem Wege S. 58 ff.; Schott, Der obligatorische Vertrag S. 68; Marsson, Die Natur der Vertragsofferte (Greifswalder Dissertation) S. 9.

25) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 318.

26) Vgl. hiezu insbes. die in Note 24 angeführten Schriftsteller; v. Stubenrauch legt seinen diesbezüglichen Auseinandersetzungen in Nr. 101 der „Gerichtshalle“ von 1883 das österreichische Recht zu Grunde, und obwohl er sich der Anschauung zuneigt, daß telephonisch abgeschlossene Verträge den Verträgen unter Gegenwärtigem beizuzählen seien, entscheidet er sich doch nicht für eine bestimmte Ansicht, da das allg. bürg. Gesetzbuch nur bei schriftlichen Verträgen zwischen „bekannt werden“ und „bekannt machen“ unterscheidet, welche Unterscheidung aber bei Unterhandlungen mittels Telephon wohl nicht angebracht sei.

Auch die Commission zur Ausarbei-

ist es gleichgiltig, ob die gegenwärtigen verhandelnden Persönlichkeiten in eigenem oder in fremdem Namen contrahiren[27]); und ein von einem Stellvertreter mit der anderen Partei oder deren Stellvertreter unter Gegenwärtigen abgeschlossener Vertrag verliert den Charakter eines unter Gegenwärtigen abgeschlossenen Vertrages auch dadurch nicht, daß der Vertreter sich die Genehmigung seines Principals vorbehält[28]); nicht aber wird ein inter absentes geschlossener Vertrag dadurch zu einem Vertrage inter praesentes, daß ein Mäkler denselben persönlich in unmittelbarem Verkehr mit dem einen der beiden Contrahenten vermittelt.[29])

B. Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende nach Art. 319 H. G. B. Abs. 1 „bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitpunktes darf der Antragende von der Voraussetzung ausgehen, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei“[30]), sowie auch, daß die rechtzeitig aufgegebene Antwort rechtzeitig bei ihm eingelangt wäre (arg. Art. 319 Abs. 2).[31]) Er hat also der Berechnung seiner Gebundenheitsdauer die normalen allgemeinen Verhältnisse (z. B. Eisenbahn- oder Postkurse), nicht etwa in der Beförderung des betreffenden Antrages oder der Annahmeerklärung stattgehabte Besonderheiten, Unregelmäßigkeiten, Verzögerungen (infolge von Fehlleitungen oder Verkehrsstörungen) zu Grunde zu legen. Consequenter Weise würde die Gebundenheit des Antrages bei verspätetem Einlangen der Antwort von selbst erloschen sein, ohne daß es noch einer Handlung oder Erklärung seitens des Offerenten bedürfte. Dies gilt nach Handelsrecht nur für den Fall, als den Antragsempfänger durch verspätete Absendung der Antwort ein Verschulden hieran trifft. Für den Fall aber, daß die Annahmeerklärung seitens des Antragempfängers rechtzeitig abgesendet wurde, dem Offerenten jedoch verspätet (d. i. nach Ablauf der auf Grund der Bestimmung des Art. 319 Abs. 1 für die Gebundenheit berechneten Zeit) zukommt, verlangt das Gesetz vom Offerenten, daß er, falls er nicht etwa bereits in der Zeit zwischen dem Ablauf der Gebundenheitsfrist und dem Eintreffen der Antwort seinen Rücktritt vom Vertrage dem anderen Theile

---

tung eines Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich erklärte, daß für die Unterscheidung der Verträge unter Abwesenden und Anwesenden nicht ausschließlich die körperliche Nähe der Verhandelnden zu entscheiden habe, wenigstens sei dieser Gesichtspunkt nicht ohne Weiteres für die telephonischen Willenserklärungen verwendbar; sondern es hätten hier eher die Grundsätze der mündlichen Erklärung Anwendung zu finden (Motive I. S. 160); ebenso Schilling, Aphorismen z. Entw. S. 38; anders Gierke, Kritik des Entw. S. 163 Note 1. — Vgl. auch Hellmann, Gutachten des Anwaltstandes z. Entw. 7 S. 496.

27) Vgl. hiezu v. Hahn, Comm. II. §. 1 Note 1 zu Art. 318; Staub, Comm. §. 2 zu Art. 318.

28) R. O. H. G. VIII. S. 395 ff.

29) R. O. H. G. VII. S. 104 ff.; vgl. R. G. XVIII. S. 10, wo bei Verhandlung durch Vermittler, welche nicht zum Abschluß bevollmächtigt sind, eine Offerte mit Erklärungsfrist als vorliegend angenommen wird. [§. 331 Abs. 1.

30) Ung. H. G. §. 315 Abs. 1, bosn.

31) Vgl. ung. H. G. §. 315 Abs. 2, bosn. §. 331 Abs. 2.

bekanntgegeben hat, ohne Verzug nach Eintreffen der rechtzeitig abgesandten, ihm verspätet zugekommenen Annahmeerklärung dem Acceptanten seiner Offerte von seinem Rücktritte Nachricht gebe (Art. 319 Abs. 2).[32]) Hiemit schützt das Gesetz einerseits das Interesse des rechtzeitig antwortenden Antragsempfängers, der mit Rücksicht auf diese Annahmeerklärung im guten Glauben, daß der ihm angetragene, von ihm acceptirte Vertrag zustande gekommen sei, vielleicht seine übrigen Handelsoperationen und geschäftlichen Dispositionen änderte; andererseits aber ermöglicht es dem Offerenten, dem vielleicht auch jetzt noch an der Annahme seiner Offerte gelegen sein kann, die Annahmeerklärung, auch jetzt noch als wirksam anzuerkennen, oder wenn ihm, da sich ihm etwa während der Gebundenheitsfrist ein anderer vortheilhafterer Vertragsabschluß in Aussicht stellte, oder die Verhältnisse sich inzwischen zu seinen Ungunsten geändert hätten, mehr daran gelegen wäre, den Vertrag als nicht abgeschlossen zu betrachten, sofort nach Ablauf der Gebundenheitsfrist oder beim Eintreffen der verspäteten Antwort zu widerrufen. Widerruft der Offerent nicht sofort im Augenblicke des Ablaufes der Gebundenheitsfrist, so bindet er sich nicht etwa unwiderruflich an seine Offerte, denn er kann ja beim Eintreffen der rechtzeitig eingesandten, aber verspätet eingelangten Annahmeerklärung den Vertragsabschluß noch immer ablehnen, wohl aber übernimmt er die ihm vom Gesetze auferlegte Pflicht, falls er nun den Vertrag nicht als abgeschlossen betrachten will, den anderen Theil ohne Verzug nach dem Einlangen der rechtzeitig abgesandten, aber verspätet eingetroffenen Annahmeerklärung von seinem Rücktritte vom Vertrage zu verständigen, widrigenfalls der andere Theil berechtigt ist, anzunehmen, daß die rechtzeitig abgesandte Antwort auch rechtzeitig bei dem Offerenten eingelangt und der Vertrag zustande gekommen sei, so daß die Unterlassung der Rücktrittsanzeige in diesem Falle die Bedeutung stillschweigender Zustimmung zum Vertragsabschlusse hätte.

Die in Art. 318 und 319 H. G. B. gegebenen Vorschriften rücksichtlich der Gebundenheitsfrist des Offerenten sind nur dispositiven Charakters, nicht absolut[33]); es steht dem Offerenten ganz wohl frei die Frist, innerhalb welcher er gebunden sein will, selbst zu bestimmen, nur darf er sie nicht so kurz bemessen, daß innerhalb derselben eine Antwort nicht möglich wäre, in welchem Falle die Offerte als unwirksam anzusehen wäre.[34]) Die Frist kann auch durch Uebereinkunft beider Parteien bei der Vertragsunterhandlung oder auch stillschweigend festgesetzt bezw. erstreckt werden.[35])

32) Ebenso ung. H. G. §. 315 Abs. 2, bosn. §. 331 Abs. 2; Unger, Handeln auf fremde Gefahr, S. 48, 49.

33) R. O. H. G. VIII. S. 399; Thon im civ. Arch. LXXX. S. 63 ff.; vgl. auch R. O. H. G. VI. S. 244.

34) Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 246 (S. 431).

35) Regelsberger a. a. O.; R. O. H. G. III. S. 161. — Häufig ist die Fristbestimmung durch die Worte „umgehende Antwort" ausgedrückt (s. hierüber in Ztschr. f. Rechtspfl. in Sachsen N. F. XXXIII. S. 216). Die stillschweigende Fristbestimmung oder -erstreckung kann aus dem nachfolgenden Verhalten der Parteien geschlossen werden (R. O. H. G. III. S. 116 ff.). — Ausdrücklich erwähnt ist die Fristbestimmung durch Parteiwille

Rücksichtlich der hier in Betracht kommenden Fragen der Annahmefähigkeit und Widerruflichkeit der Offerte, der Dauer der Gebundenheit des Antragstellers, der Wahrung der Rechtzeitigkeit der Antwort seitens des Antragsempfängers kommt es im vorliegenden Falle (bei Fristbestimmung durch die Partei) zunächst auf die hiebei zu Tage tretenden Willen des Offerenten bei einseitiger Fristbestimmung durch diesen bezw. auf den Willen der beiden Parteien bei Fristbestimmung durch Uebereinkunft an. Soweit aber die Parteierklärung hierüber keine Auskunft gibt, finden auch hier die oben erörterten Bestimmungen der Art. 318, 319, 320 Abs. 1 Anwendung. Auch bei Anträgen unter Gegenwärtigen kann die Frist (Wartezeit) durch Parteiwille bestimmt werden; es kommen hiebei die Bestimmungen des Gesetzes für den Vertragsabschluß unter Abwesenden analog, zum Theile auch direct zur Anwendung. Letzteres insbesondere, wenn einer der beiden Theile während der Wartefrist sich vom Orte, wo der Antrag erfolgt, entfernt.[36])

2. Durch die Annahme des Antrages des Offerenten seitens des Antragsempfängers tritt an die Stelle des durch den Antrag des Offerenten, bezw. durch den Antragsempfang seitens des anderen Theiles erzeugten Verhältnisses der Vertragszustand. Die Annahme macht den Antrag zum Vertrage, sofern die oben besprochenen gesetzlichen Erfordernisse vorliegen; der Antrag geht im Vertrage unter.

III. Auch die Annahmeerklärung muß in der Regel eine ausdrückliche sein und muß die Zustimmung zum Vertragsabschlusse gegenüber dem Antragssteller[37]), unzweideutig, klar und verständlich (daher in ihm verständlicher Sprache) zum Ausdruck bringen.[38]) Die Annahme kann aber auch wie jede Willenserklärung überhaupt durch concludente Handlungen erfolgen. Wann eine solche vorliegt, ist im einzelnen Falle Thatfrage; eine allgemeine Regel läßt sich hiefür nicht aufstellen; doch dürfen es nur solche Handlungen sein, „mit welcher die Auffassung des Verkehrs oder positiver Rechtsbestimmung die Bedeutung einer Annahme verknüpft.“[39]) So kann insbesondere bei Anträgen, welche die Aufforderung zu sofortiger Vertragserfüllung ausdrücklich oder stillschweigend in sich enthalten, wie bei Auftragsgeschäften, Commissionen oder Bestellungen in Form eines Kaufangebotes (z. B. „Senden Sie mir u. s. w.“) die Annahmeerklärung

---

im ung. H. G. (§. 314 Abs. 1) und im bosn. (§. 330 Abs. 1).

36) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 318.

37) Aeußerungen des Antragsempfängers über die Annahme der Offerte zu seinen Angestellten oder gegen Dritte verpflichten nicht (Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 247).

38) S. hierüber Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 247 S. 446 Nr. 1, woselbst ausgeführt wird, daß in der Regel „ja“ oder „gut“ genügt, sowie daß bei Annahme alternativer und genereller Anträge der gewählte Gegenstand oder der Betrag bezeichnet werden müssen (vgl. auch R. O. H. G. III. S. 165 ff.). Es genügt nicht, zu erklären, sich bemühen zu wollen (vgl. R. O. H. G. VI. S. 241 ff.). Wird in der zusagenden Erklärung auf eine weitere Mittheilung (z. B. „Brief Näheres“) verwiesen, so ist dies noch keine bindende Annahmeerklärung (R. O. H. G. XII. S. 289 ff.).

39) Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 247 (S. 447).

in der Erfüllung liegen.[39a]) Endlich kann die Annahme unter Umständen auch stillschweigend erklärt werden. Wann Stillschweigen als Genehmigung anzusehen ist, ist quaestio facti, und theils vom Inhalte des Antrages, theils von dem Verhältnisse des Antragsempfängers zum Antragsteller abhängig. So wird z. B. auf einen Antrag, der einen reinen Vortheil für den Antragsempfänger enthält, z. B. Schenkungs- oder Verbürgungsangebot, im Verkehre eine ausdrückliche Annahmeerklärung nicht erwartet. Nach ausdrücklicher Bestimmung des H. G. B. (Art. 323)[40]) gilt Stillschweigen als Annahme dann, wenn zwischen dem Kaufmanne, dem ein Auftrag (Antrag zu einem Auftragsgeschäft) gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder Ersterer sich schon vorher Letzterem zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hatte.[41]) Nach allgemeiner Verkehrsansicht und Handelssitte ist das Stillschweigen aber dann als Genehmigung zu deuten, wenn „Nichtantworten ungeachtet des Entschlusses auf den Antrag nicht einzugehen eine Verletzung der im Verkehre herrschenden Redlichkeit enthalten würde."[42])

An sich aber ist das Stillschweigen auf einen Antrag weder Zustimmung noch Ablehnung.[43])

Die Annahmeerklärung muß, damit der Vertrag zustande kommt, allen Punkten des Antrages bedingungslos zustimmen; eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als Ablehnung des Antrages verbunden mit einem neuen Antrage (Art. 322).[44]) Die Annahme-

---

39a) Vgl. R. O. H. G. XIV. S. 301, XVIII. S. 246, R. G. II. S. 43 ff.

40) Ebenso §. 320 ung., §. 336 bosn. H. G.

41) Das Wort „Auftrag" ist hier „in dem engeren juristischen Sinne zu verstehen, so daß z. B. Anträge zu Lieferungskäufen, welche in der Verkehrssprache nicht selten Aufträge genannt werden, nicht darunter fallen" (Regelsberger a. a. O. S. 450; vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 323, insbes. Note 1; Hauser in Ztschr. f. H. R. XII. S. 104 u. ff.; R. O. H. G. V. S. 170, VII. S. 338).

42) Regelsberger a. a. O. S. 451 und Note 19; Unger a. a. O. S. 49, 50. Das Erk. des R. O. H. G. XVI. S. 40 erkennt in der Zurückweisung eines von zwei gleichzeitig gestellten Anträgen die Annahme des mit Stillschweigen übergangenen. Zeichnungen auf Grund öffentlicher Emissionen müssen ausdrücklich abgelehnt werden, widrigenfalls sie als angenommen gelten (R. O. H. G. XIV. S. 301).

43) Daß die Unterlassung einer Erklärung auf den Antrag dessen Erlöschen zur Folge haben kann, erklärt sich aus dem Ablauf der Antragefrist, nicht aber aus einer etwa darin liegenden stillschweigenden Ablehnung (Regelsberger a. a. O. S. 448; anders Cosack, H. R. [2. Aufl.] §. 23, der als Regel aufstellt, daß das Schweigen des Empfängers als Ablehnung des Antrages gelte, und nur ausnahmsweise [sei es ex lege, sei es infolge Parteivereinbarung] stillschweigende Zustimmung zuläßt). Das Stillschweigen kann aber auch nicht schlechthin als Zustimmung aufgefaßt werden, und einzelne Vorschriften des H. G. B., wonach die Unterlassung einer Erklärung als Genehmigung angesehen wird (Art. 7, 56, 59, 96, 323, 339, 347, 364), können nicht als Ausflüsse eines allgemeinen Grundsatzes angesehen werden (R. O. H. G. I. S. 80, II. S. 91, III. S. 116 ff.; V. S. 170 f.; X. S. 188, XII. S. 5, 102, XIV. S. 372, XV. S. 96, XVI. S. 40, 132). Alles hängt hier von den Umständen des einzelnen Falles ab (vgl. außer den eben cit. Erkenntnissen noch R. O. H. G. II. S. 25, IX. S. 412, XIII. S. 45 f., 95 f., XIV. S. 11 ff.).

44) Ebenso §. 319 ung., §. 335 bosn. H. G. — Vgl. Adler-Clemens VI. Nr. 949.

erklärung ist nach dem oben angeführten, vom H. G. B. angenommenen Grundsatze, daß den Vertragsabschluß betreffende Willenserklärungen einer Partei erst dadurch Rechtskraft erlangen, daß sie dem anderen Vertragstheile zukommen, erst im Augenblicke ihres Einlangens beim Offerenten perfect. Bis dahin ist sie nicht bindend, widerruflich; und sie ist nach Art. 320 Abs. 2[45]) für nicht geschehen zu erachten, wenn ihr Widerruf noch vor ihr oder gleichzeitig[46]) mit ihr bei dem Antragsteller eingegangen ist. Die Annahmeerklärung ist die bejahende Antwort auf den Antrag des Offerenten; die negative Antwort auf den Antrag ist dessen Ablehnung. Während bei der Annahme der Antrag im Vertrage untergeht, so verliert er durch die Erklärung des Antragsempfängers, den Antrag nicht anzunehmen — gleichviel, ob die Ablehnung geradezu oder durch Entgegenstellung eines anderen Antrages ausgedrückt ist[47]) — seine Geltung, aber dies gleichfalls erst dann, wenn die Ablehnung dem Offerenten zukommt. Daher ist auch die Ablehnung nicht rechtswirksam, wenn der Widerruf derselben entweder noch vor ihr oder gleichzeitig mit ihr dem Offerenten zukommt.[48])

In der Regel besteht für den Antragsempfänger keine Pflicht zur Zurücksendung der ihm mit dem Antrage zugesandten Waaren auf seine Gefahr, ja nicht einmal zur Aufbewahrung. Unter Umständen jedoch kann Treue und Glaube es erheischen, daß der Antragsempfänger die empfangenen Waaren aufbewahre, bis der Absender die Möglichkeit hat, anderweitig darüber zu verfügen; jedoch nur auf Kosten des Antragstellers und nur, wenn er für seine eigenen Auslagen gedeckt ist und auch sonst keinen Nachtheil zu fürchten hat. Er kann jedoch auch bei dem Handelsgerichte den Antrag stellen, zu verordnen, daß das Gut in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten so lange deponirt werde, bis der Eigenthümer anderweitige Vorkehrungen trifft, wodurch der Offerent von aller Verantwortung frei wird. Das Gesetz schreibt dies vor für den Fall, wenn zwischen dem Kaufmann, dem der Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht oder wenn Ersterer sich Letzterem zur Ausführung derartiger Aufträge erboten hatte (Art. 323).[49])

IV. Für die Rechtswirksamkeit des Antrages ist es genügend, wenn der Antragsteller zur Zeit, als er den Antrag stellte, handlungs- und dispositionsfähig war. Daher erlischt ein Antrag nicht durch Geisteskrankheit oder Entmündigung des Antragstellers, zumal im Falle eintretender Handlungsunfähigkeit sein Vertreter die sich etwa als nothwendig ergebenden Dispositionen für ihn treffen kann. Für den verfügungsunfähigen Antragsempfänger kann dessen Vertreter (Vormund) handeln bezw. die Annahmeerklärung abgeben.[50])

45) Ebenso §. 316 Abs. 2 ung., 332 Abs. 2 bosn. H. G.

46) Vgl. hiezu oben Note 19.

47) Regelsberger a. a. O. S. 441 u. 454; Prot. S. 575.

48) Regelsberger a. a. O. S. 444.

49) Ung. H. G. §. 320, bosn. §. 336.

50) Vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 12 zu Art. 319; Regelsberger a. a. O. S. 443; Hasenöhrl, Oestr. Oblig. R. I. §. 49 (S. 598).

Die Concurseröffnung über das Vermögen eines der beiden Contrahenten hat auf die Rechtswirksamkeit der Offerte und der Annahme keinen Einfluß. Nur das in die Concursmasse einbezogene Vermögen wird der freien Disposition des Gemeinschuldners entzogen (§. 1 Conc.-Ordng.)[51]), und es steht nichts im Wege, daß er wohl auch nach Eröffnung des Concurses Verpflichtungen eingehe, nur nicht zum Nachtheile der Concursmasse. Vor Eröffnung des Concurses vom Gemeinschuldner gemachte oder an diesen gestellte Anträge bleiben von der Concurseröffnung unberührt; durch ihre ordnungsmäßige Annahme entstehen daher Verträge zwischen dem Offerenten und dem Antragsempfänger; jedoch können hieraus keine Wirkungen zum Nachtheile der Concursmasse eintreten, und es haben daher auch die Gläubiger aus solchen Verpflichtungen kein Recht an die Concursmasse, sowie auch umgekehrt der Erwerb aus solchen Geschäften nicht der Concursmasse zufällt. Endlich ist auch die Befugniß zur Annahme eines Antrages als unveräußerliches Recht des Antragsempfängers kein executionsfähiger Bestandtheil des Vermögens des Cridatars im Sinne des §. 1 Conc.-Ordg..

V. Von einem Kaufmanne in Ausübung seines Handelsgewerbes gestellte Anträge werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht (Art. 297).[52]) Im Zweifel gilt ein Antrag eines Kaufmannes als im Betriebe des Handelsgewerbes gestellt (Art. 274).[53]) Sofern der Antragsteller im gegebenen Falle selbst ein Widerrufsrecht hat, geht dieses auf die Erben über.[54]) Im Uebrigen gilt das bürgerliche Recht. In dieser Beziehung bestimmt §. 918 a. b. G. B., daß ein noch nicht angenommenes Versprechen, wenn auch nur ein Theil während der Ueberlegungsfrist, d. i. vor der Annahmeerklärung stirbt, auf die Erben nicht übergeht. Es sind daher ausgenommen den obigen Fall des Art. 297 die Erben des Offerenten in keiner Weise an den Antrag des Erblassers gebunden, und es ist daher auch eine Annahmeerklärung der Erben des Destinatars der Offerte nur gegenüber den Erben des Kaufmannes rücksichtlich der in Ausübung seines Gewerbes gestellten Anträge rechtswirksam.

VI. Der unter Gegenwärtigen verhandelte Vertrag kommt in dem Augenblicke der Zustimmung des Antragsempfängers oder seines Vertreters zustande; der unter Abwesenden verhandelte Vertrag gilt[55])

51) Vgl. Deutsche Conc. Ord. §. 5; ung. C. O. §. 1, bosn.-herceg. C. O. §. 2.

52) Vgl. ung. H. G. §. 289, bosn. [§. 310.

53) S. oben §. 103.

54) Prot. S. 429.

55) Das Gesetz sagt, daß der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages „gilt", d. h. daß dieser Zeitpunkt für die Beurtheilung der Wirkungen des abgeschlossenen Vertrages maßgebend sei, „indem hinsichtlich dieser Wirkungen angenommen wird, der Vertrag sei zur Zeit der Absendung der Annahmeerklärung zu Stande gekommen" (v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 321; vgl. Thöl, H. R. I. §. 57; Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen S. 45; Dahn in Ztschr. f. H. R. IX. S. 503 ff.; Hauser ebenda XII. S. 121).

nach Art. 321 H. G. B.[56]) als in dem Zeitpunkte abgeschlossen, in welchem die Annahmeerklärung behufs Absendung derselben abgegeben, d. i. dem Boten, oder der Post ev. durch Einwurf in den Briefkasten, der Eisenbahn u. s. w. übergeben ist.[57]) Hiemit stellt sich aber das Gesetzbuch nicht auf den Standpunkt der sog. Uebermittelungstheorie, noch auf jenen der sog. Aeußerungstheorie, denn weder erklärt das Gesetz, daß der Vertrag mit der Absendung der Annahmeerklärung zustande kommt, noch genügt die bloße Aeußerung, sondern das Gesetz verlangt, daß die Annahmeerklärung auch bereits an das ihre Beförderung besorgende oder veranlassende Organ (Bote, Post- bezw. Telegraphenanstalt, Geschäftsdiener) übergeben worden ist, kurz, daß der Antragsempfänger alles Erforderliche gethan hat, um seine Annahmeerklärung dem Offerenten zukommen zu lassen. Das Gesetz scheidet vielmehr nach dem Wortlaute des in Betracht kommenden Art. 321 zwischen dem Zeitpunkte des thatsächlichen Zustandekommens des Vertrages, und dem Zeitpunkte der Absendung der Annahmeerklärung als dem Zeitpunkte, in welchem der Vertrag als abgeschlossen zu gelten habe. Indem das Gesetz von der Anschauung ausgeht, daß eine Willenserklärung bei Vertragsabschlüssen erst dann rechtswirksam, bindend, unwiderruflich ist, wenn sie dem anderen Vertragstheile zugekommen ist, so erklärt es auch die Annahmeerklärung erst dann als rechtswirksam, unwiderruflich, bindend, wenn sie dem Offerenten zugekommen ist.

Einer Kenntnißnahme seitens des Offerenten vom Inhalte der eingelangten Antwort, wie dies die sog. Vernehmungstheorie verlangt, bedarf es nicht. Scheint nun auch das Gesetz rücksichtlich der Perfection des Vertrages sich auf den Standpunkt der Empfangstheorie gestellt zu haben, so zieht es doch andererseits nicht die Consequenzen derselben, sondern bestimmt nur, daß die Wirkungen des abgeschlossenen Vertrages (wie Fälligkeit der Schuld, Verzinslichkeit des Preises, Haftung für vertragsmäßiges Verhalten, Uebergang der Gefahr, Feststellung des Marktpreises oder Curses) auf den Augenblick der Absendung der Annahmeerklärung zurückbezogen werden sollen, wie wenn der Vertrag in diesem Zeitpunkte der Absendung der Annahmeerklärung perfect geworden wäre, und nähert sich hiedurch wieder der Uebermittelungstheorie.

Das Gesetz hat somit keine der obgenannten civilrechtlichen Theorien rücksichtlich des Vertragsabschlusses unter Abwesenden ganz und rein recipirt.

Die Bestimmung des Art. 321 gilt trotz der allgemeinen Fassung seiner Anfangsworte nicht für alle Verträge unter Abwesenden, sondern nur für jene, deren Annahme in Worten erfolgt, wie auch Art. 219 nur jene Offerte im Auge hat, auf welche der Offerent eine Antwort in Worten erwartet.[58]) Erfolgt die Antwort durch concludente Handlungen, so wird der Vertrag durch Vornahme der betreffenden Handlung perfect, wenn stillschweigend, so durch Ablauf der Gebundenheitsfrist.[59])

56) Ung. H. G. §. 318, bosn. §. 334.

57) Diese Abgabe ist in dem Augenblicke erfolgt, als der Brief in den Briefkasten geworfen, das Blatt mit dem Inhalte des zu befördernden Telegrammes dem Telegraphenorgane übergeben ist. Vgl. hiezu v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 321.

58) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 321.

59) Ueber Zustimmung durch conclu-

VII. Ein Vertrag gilt als an jenem Orte abgeschlossen, wo die Annahmeerklärung abgegeben wurde, nicht wo selbe dem Offerenten zukam[60]), bezw. bei Annahme durch concludente Handlungen, an jenem Orte, wo diese vorgenommen werden, bei Annahme durch Stillschweigen am Orte des Antragsempfängers. Bei Vertragsabschluß durch bevollmächtigte oder nichtbevollmächtigte Stellvertreter entsteht der Vertrag dort, wo dieser handelt, nicht etwa, wo der Vertragsabschluß des unbevollmächtigten Contrahenten genehmigt wurde; bei Vertragsschluß durch Boten, am Absendungsorte.

Der Ort des Vertragsabschlusses ist in der Regel ohne juristische Bedeutung; denn in fast allen Fragen — sei es privatrechtlichen, sei es processualen — kommt es nicht auf den Entstehungsort, sondern auf den Erfüllungsort des Vertrages an. Bedeutung erhält der Ort des Abschlusses bei Börsen-, Markt- und Meßgeschäften, und unter Umständen auch bei Auslegung von Verträgen, wenn es auf den Sprachgebrauch oder die Usancen am Entstehungsorte des Vertrages ankommt [61])

§. 110.

4. Form der Handelsgeschäfte.[1])

Das H. G. B. stellt als Princip und Regel die Formfreiheit der Handelsgeschäfte auf[2]) (Art. 317 Abs. 1).[3]) Diese Formlosigkeit gilt für

dente Handlungen bezw. durch Stillschweigen s. oben unter III.

60) R. O. H. G. VII. S. 11, 12.

61) R. O. H. G. VI. S. 87.

1) Vgl. außer den Comm. z. H. G. B. zu Art. 317 noch insbes. Thöl, H. R. I. §§. 240—244; Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 249; Endemann, H. R. §. 95; Cosack, H. R. §. 22; Stobbe, Deutsches Privatrecht III. §. 173; Dernburg, Preuß. Privatrecht I. §§. 94—103; Unger, Oestr. Priv. R. II. §. 86; Pfaff-Hofmann, Comm. z. a. b. G. B. II. S. 132 ff.; Hasenöhrl, Oestr. Obl. R. I. §. 53; Savigny, System III. §. 130; Beseler, System des deutschen Pr. R. I. §. 49; Fränkel in Ihering's Jahrb. XXIV. S. 391 ff.; Heß ebda. XXVI. S. 198 ff. — Ueber die Bedeutung der Form im Rechtsverkehre überhaupt s. Ihering, Geist des röm. Rechts I. §. 45; vgl. auch Meyer, Die Schrift in ihrer Bedeutung nach preuß. Recht mit Rücksicht auf das röm. u. gemeine, östr. und französische Recht (1853); v. Völderndorff, Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und den positiven Rechten (1857); Gundermann in Heidelb. krit. Ztschr. V. S. 192 ff.; Regelsberger, Civil. Erörterungen I. S. 138 ff.; stenograph. Prot. über die Verhandlungen des östr. Abgeordnetenhauses VI. Session S. 571 ff.; Frankl, Die Schenkung S. 1 ff. und in Not. Ztg. Nr. 22 v. 1880; Feistmantel in Gerichtshalle Nr. 78 u. ff. v. 1882; Geller im C. Bl. f. jur. Praxis VI. S. 321 ff.; Pogatschnig ebenda XII. S. 256 ff. Geschichtliches bei L. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge (1881) S. 53, 65, 78; Grimm, Rechtsalterthümer S. 610; Goldschmidt, Universalgesch. des H. R. S. 305. — H. G. B. Art. 317 und die im Texte gelegentlich citirten; ung. H. G. §§. 311—313; bosn. H. G. §§. 328 bis 330, und die in den folgenden Noten cit. Paragraphe des ung. u. bosn. H. G.

2) Ebenso auch §. 883 a. b. G. B.; anders preuß. L. R. I. 5 §§. 109 u. ff.; jedoch rücksichtlich der „Kaufhandlungen über Meß- und Marktwaaren, die von Kaufleuten mit anderen Personen während der Messe oder des Marktes geschlossen und sogleich erfüllt oder in kaufmännisch geführte Bücher eingetragen worden", bestimmte schon §. 149 h. t., der sammt §§. 150, 151 nunmehr durch Art. 317 H. G. B. ersetzt ist, daß sie der Schriftlichkeit nicht bedürfen.

3) Ung. H. G. §. 311, bosn. §. 328.

alle Handelsgeschäfte, für absolute, relative und accessorische, für zweiseitige wie für einseitige[4]), ja sogar für alle Willenserklärungen, welche dem Vertragsabschlusse nur mittelbar dienen, wie Antrag, Auftrag, Vollmacht, ehemännlicher Consens[5]), für einen accessorischen Vertrag (wie z. B. Verbürgung, Pfandbestellung) aber auf Grund des H. G. B. nur, wenn dieser Vertrag selbst Handelsgeschäft ist, was für Oesterreich mit Rücksicht auf die im a. b. G. B. rücksichtlich des Mobiliarverkehrs principiell anerkannte Formfreiheit der Rechtsgeschäfte ohne Bedeutung ist.[6]) Ausnahmen von diesen Regeln finden nur insoweit statt, als sie im H. G. B. bezw. in einem dasselbe derogirenden Gesetze enthalten sind[7]) (Art. 317 Abs. 2).[8])

So verlangt das H. G. B. u. z. 1. als Erforderniß der Giltigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes:

a) Schriftlichkeit: für Actienzeichnung bei Commanditactiengesellschaften (Art. 174 Abs. 2) und Actiengesellschaften[9]) (Art. 208 Abs. 3), wie auch nach §. 3 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes der Beitritt zur Genossenschaft schriftlich erklärt werden muß[10]), und zur Gründung einer Genossenschaft schriftliche Abfassung des Genossenschaftsvertrages (Statuts) erforderlich ist (§. 3 Abs. 1 Z. 2)[11]), ferner für die Vereinbarung, daß der Pfandgläubiger sich auch ohne gerichtliches Verfahren aus dem kaufmännischen Faustpfande befriedigen dürfe (Art. 311).[12])

b) Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung: für den Vertrag wegen Errichtung einer Commanditactien- und Actiengesellschaft

---

4) In Oesterreich ist diese Vorschrift ohne Bedeutung, da ja ohnehin auch im bürgerlichen Rechte — wenige Fälle ausgenommen — die Formlosigkeit Regel ist. In Deutschland muß in Ländern, deren bürgerliches Recht eine bestimmte Form vorschreibt, stets untersucht werden, ob das betreffende Geschäft ein Handelsgeschäft ist oder nicht (vgl. hiezu die Erk. des R. O. H. G. V. S. 9 ff.; XII. S. 52 ff.; XV. S. 100 ff.; R. G. I. S. 24; VI. S. 228; X. S. 197; XVIII. S. 41 und die Zusammenstellung bei Fuchsberger (Sammlung der Entsch. des R. O. H. G. I. u. Supplementband) bei Art. 317.

5) Prot. S. 1359. R. O. H. G. II. S. 98; V. S. 151; VII. S. 58; XV. S. 258, 331; XXIII. S. 259 ff.; R. G. IV. S. 308.

6) Für das deutsche Recht vgl. R. O. H. G. VII. S. 57, XV. S. 257 f.; R. G. IV. S. 310 (sämmtlich betr. mündliche Vollmacht zu Handelsgeschäften); R. G. IV. S. 310 (stillschweigende Genehmigung des ohne Auftrag vorgenommenen Geschäftes); R. G. I. S. 24 ff. (Bürgschaft).

7) Keine Ausnahme hievon bildet die Bestimmung des Eisenbahnbetriebs-Reglements §. 51, daß jede Sendung von einem Frachtbriefe begleitet sein muß (§. 49 der Betriebsordnung der deutschen Eisenbahnen); denn hierin liegt kein Rechtssatz, sondern nur ein Angebot der Eisenbahnverwaltung an Jeden, der mit ihr einen Frachtvertrag eingehen will, diesem die von ihr vorgeschlagene Form zu Grunde zu legen; es ist eine gewillkürte, durch Uebereinkommen als Vertragserforderniß aufgestellte, nicht aber gesetzliche Form (s. Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 249 Note 1a; vgl. Thöl, H. R. III. §. 7 Note 2 u. 3, §. 16 Note 10—13, §. 59).

8) Ung. H. G. §. 312, bosn. §. 329.

9) Eine solche ausdrückliche Bestimmung fehlt im ung. u. bosn. H. G.

10) Vgl. deutsches Genoss. Ges. §. 15; ung. H. G. §. 224 Abs. 2, bosn. §. 247 Abs. 2.

11) §. 5 des deutschen Gen. Ges.; im ung. u. bosn. H. G. fehlt eine derartige ausdrückliche Bestimmung.

12) So auch ung. H. G. §. 306, bosn. §. 324.

(Art. 174 Abs. 2, 208 Abs. 2), sowie die Aenderung dieser Verträge (Art. 198 Abs. 1, 214 Abs. 1) und für den Actionärbeschluß auf Aufhebung der Actiengesellschaft (Art. 242 Abs. 1 Z. 2).[13])

c) Die Registrirung: für den Vertrag über die Errichtung einer Commanditactien- und einer Actiengesellschaft (Art. 178, 210) und jeder Abänderung (Art. 198 Abs. 2, 214 Abs. 2).[14])

2. Als Voraussetzung einer Erleichterung der erhöhten Wirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes bezw. zur Erlangung einer günstigeren Stellung in einem Rechtsgeschäfte: Schriftlichkeit: für die Bestellung eines kaufmännischen Pfandrechtes behufs leichterer Realisirbarkeit (Art. 310, 311)[15]), Ausfertigung eines Ladescheines zum Zwecke einer günstigeren Stellung des Frachtempfängers gegenüber dem Frachtführer (Art. 413—419).[16])

Keine Ausnahme enthalten jene Bestimmungen des H. G. B., die sagen, daß der eine Contrahent die Ausstellung einer Urkunde verlangen kann, z. B. eines Frachtbriefes (Art. 391).[17]), ebenso nicht jene Bestimmungen des H. G. B., in welchen eine „ausdrückliche" Erklärung Jemandes verlangt wird[18]), z. B. die ausdrückliche Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers oder der Erben desselben zur Fortführung der bisherigen Geschäftsfirma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz durch den neuen Geschäftsinhaber, der das Geschäft durch Vertrag erworben hat, bezw. die ausdrückliche Einwilligung der etwaigen Miterben des neuen Geschäftsinhabers, der das Geschäft durch Erbgang erworben hat (Art. 22)[19]), oder die ausdrückliche Einwilligung eines aus einer Geschäftsfirma austretenden Gesellschafters in die Fortführung der Firma nach seinem Austritte, wenn sein Name in der Firma enthalten ist (Art. 24)[20]); ebenso nicht zum Zwecke der Besteuerung gegebene Formvorschriften[21]), deren Außerachtlassung ohne Einfluß auf die Giltigkeit des Vertrages und auf die Stellung der Contrahenten im Vertrage ist.

Es steht jedoch auch im Handelsverkehre nichts im Wege, daß die Parteien schriftliche bezw. notarielle oder gerichtliche Abfassung des Ver-

---

13) Nicht so nach ung. u. bosn. H. G.

14) Auch nach ung. H. G. (§. 158) u. bosn. H. G. (§. 163) sind die Statuten einer Actiengesellschaft behufs Registrirung bei dem Gerichte, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, anzumelden. Ferner hat nach ung. H. G. (§. 181) und nach bosn. H. G. (§. 191) die Direction einer Actiengesellschaft jene Generalversammlungsbeschlüsse, welche die Abänderung der Statuten, die Auflösung der Gesellschaft oder deren Fusion mit einer anderen Gesellschaft betreffen, behufs Registrirung bei dem competenten Gerichte anzumelden.

15) Vgl. ung. H. G. §§. 305, 306, bosn. §§. 323, 324.

16) Vgl. ung. H. G. §§. 415 ff.; bosn. §§. 428 ff.

17) Ung. H. Ges. §. 394, bosn. §. 407.

18) v. Hahn, Comm. II. Note 5 zu Art. 317; anders Anschütz-Völderndorff, Comm. III. unter Nr. III, 6 zu Art. 317 (vgl. die Erk. des R. O. H. G. X. S. 291, XII. S. 56).

19) Vgl. ung. H. G. §. 12, bosn. §. 13.

20) Vgl. ung. H. G. §. 15, bosn. §. 17.

21) Oestr. Ges. betr. die Effectenumsatzsteuer v. 18. Sept. 1892 Nr. 172 R. G. Bl. s. Durchführungsverordnung (vgl. dazu Weishut, Effectenumsatzsteuer) und die deutschen Reichsstempelgesetze v. 10. Juni 1869, 8. Juli 1869, 1. Juli 1881, 29. Mai 1885 (vgl. dazu

trages vereinbaren[22]) oder daß eine der beiden Parteien — wie dies z. B. von Versicherungsgesellschaften oder von Eisenbahnverwaltungen häufig zu geschehen pflegt — im Voraus in den sog. Vertragsbedingungen oder Reglements eine urkundliche Vertragsabfassung vorschreibt Das H. G. B. enthält diesbezüglich keine Bestimmung. Es ist im concreten Falle der Wille der Parteien zu ermitteln, und ist insbesondere auch festzustellen, wann diese Verabredung getroffen wurde (ob vor, während oder nach Abschluß der mündlichen Verhandlungen), sowie ob neben der schriftlichen Vertragsabfassung auch eine mündliche Vertragsvereinbarung vorliegt, und in welchem Verhältnisse diese beiden zu einander stehen, oder ob ausschließlich schriftlich verhandelt wurde. Aus der Vereinbarung schriftlicher oder sonst bestimmter Form folgt nicht ohne Weiteres, daß die Giltigkeit des Geschäftes von der Beobachtung der vereinbarten Form abhängt, nicht einmal eine Vermuthung besteht dafür; es ist quaestio facti und Auslegungssache, worauf im einzelnen Falle der Wille der Partei gerichtet war.[23]) Lag zur Zeit der schriftlichen Vertragsabfassung bereits ein mündliches materielles Uebereinkommen vor, so ist zu untersuchen, ob bereits ein vollendeter Vertrag vorliegt oder nicht, ob die schriftliche Urkunde nur eine Bestätigung des allein giltigen mündlichen Vertrages sein soll, oder ob sie die mündlichen Vereinbarungen abschließen und allein Vertrag sein soll oder ob die mündliche Vereinbarung den Charakter eines Vorvertrags an sich trägt, der erst durch Errichtung der Urkunde wirksam wird. Welche von diesen Eventualitäten vorliegt, läßt sich nur dem Inhalte der Urkunde entnehmen, durch Auslegung des Parteiwillens feststellen.[24]) In jenen Fällen, in welchen die Urkunde allein Vertrag ist, gelten die nicht aufgenommenen Punkte vorausgegangener mündlicher Vereinbarungen im Zweifel als aufgehoben; und bis zum Beweise des Gegentheils gilt nur der Inhalt der Schrift als genehmigter, angenommener Inhalt des Vertrages.

Bei ausschließlich schriftlicher Verhandlung und schriftlichem Abschluß unterliegt es keinem Zweifel, „daß der Vertrag durch die Schrift und in der Schrift geschlossen wurde und daß die Urkunde oder die sich entsprechenden Urkunden die Willenserklärungen der Parteien nicht bloß beweisen, sondern zur Erscheinung bringen, daß also eine Dispositiv-, nicht eine bloße Beweisurkunde vorliegt.“[25])

Was nun schließlich die Form des schriftlichen Vertragsabschlusses selbst betrifft, so sind bei einseitigen Verträgen die Urkunden vom Verpflichteten zu unterzeichnen und dem Berechtigten auszuhändigen. Bei zweiseitigen Verträgen erfolgt der schriftliche Abschluß dadurch, daß die Contrahenten eine gemeinsame Urkunde unterfertigen und diese irgendwo depo-

---

Neumann, Das Börsensteuergesetz. 3. Aufl. 1885); und 27. April 1894 Nr. 17 R. G. Bl. [Nr. 784.

22) Adler-Clemens I. Nr. 50. V.

23) R. O. H. G. VII. S. 92 ff.; R. G. Erk. in Seufferts Archiv 47. Bd. S. 316.

24) Vgl. hiezu Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 249. (S. 466); Peitler in Gerichtshalle Nr. 36 v. 1865 und Obst. Erk. ebenda Nr. 71; anders Geller ebenda Nr. 43. [466).

25) Regelsberger a. a. O. (S. 465,

niren, oder daß mehrere identische Urkunden u. z. eine jede von allen Contrahenten unterfertigt werden und daß jeder der Contrahenten ein so gefertigtes Exemplar erhält oder daß zwei von je einem der Vertragstheile unterzeichneten Urkunden zwischen diesen gegenseitig ausgetauscht werden.[26]) Als solche auszutauschende Urkunden gelten auch Briefe, selbst auch Telegramme, sofern nichts Anderes vereinbart oder vorgeschrieben ist. Die Unterzeichnung erfolgt durch Unterschrift[27]) oder Beidrucken des Namens oder der Firma mittels Stampiglie. Einer Siegelung bedarf es nicht.[28]) Das bloße Handzeichen des Analphabeten bedarf der Bestätigung zweier Zeugen oder gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung. Der Inhalt des Vertrages muß in der Niederschrift desselben vollständig wiedergegeben sein; denn der nicht aufgenommene Theil hätte neben dem schriftlichen Inhalte keine Existenz.

§. 111.

VI. Erfüllung der Handelsgeschäfte.[1])

1. Allgemeines.

I. Der Vertrag wird geschlossen, um erfüllt zu werden, sonst wäre er inhaltlos und sein Inhalt zweck- und ziellos. Wohl können Obligationen auch ohne Erfüllung ihres Inhaltes endigen, indem entweder der Forderungsberechtigte sich in anderer Weise für befriedigt erklärt, sei es, daß er eine andere Leistung anstatt der vereinbarten annimmt (wie bei der datio in solutum), sei es daß er durch einen liberatorischen Act den Schuldner für liberirt erklärt (z. B. Verzicht), oder indem der Forderungsberechtigte ohne Befriedigung seines Rechtes verlustig wird (z. B. mora accipiendi, Verjährung); die dem Zwecke der Obligation entsprechende Beendigung derselben aber ist nur die Erfüllung derselben.[2]) Diese geschieht im Handelsverkehr nicht anders als im sonstigen bürgerlichen Verkehre. Das H. G. B. unterließ es daher, die Erfüllung der Handelsgeschäfte in umfassender Weise zu normiren, und begnügte sich damit, einzelne nur subsidiär zur Anwendung kommende Vorschriften zu geben, die theils den etwa mangelnden Parteiwillen suppliren, theils Auslegungsregeln für diesen sind. Im Allgemeinen kommen daher für die Erfüllung der Handelsgeschäfte dieselben Grundsätze wie für die Erfüllung sonstiger

---

26) Vgl. hiezu Regelsberger a. a. O. (S. 467, 468), Bähr in Ihering's Jahrb. XIV. S. 41; Stobbe, Deutsches Privatr. III. §. 173; Geschichtliches bei Bruns, Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden; Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden.

27) Beim Wechsel nothwendig. (Art. 4. Z. 5, Art. 96 Z. 5. W. O.; vgl. ung. W. O. §§. 3 Z. 5 110 Z. 5; bosn. W. G. §. 4 Z. 5 §. 96 Z. 5.

28) Kais. Pat. v. 11. Juli 1854 Nr. 208 R. G. Bl.

1) Vgl. hiezu Römer in Ztschr. f. H. R. XXIII. S. 1 ff.; Goldschmidt, System (4. Aufl.) §. 91; Unger in Grünhut's Ztschr. XV. S. 529 ff., Hasenöhrl, östr. Obl. R. II./2 §. 87; Ladenburg in Busch's Arch. XLIII. S. 128 ff. — H. G. B. Art. 324—336; ung. H. G. §§. 321—335; bosn. §§. 337—351.

2) Bruns (Eck) in v. Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systemat. Bearbeitung (4. Aufl.) S. 483.

civilrechtlicher Verträge und Rechtsgeschäfte in Anwendung: „Sie müssen zu der Zeit, an dem Orte und auf die Art vollzogen werden, wie es die Parteien verabredet haben" (§. 902 a. b. G. B.); und „gegen seinen Willen kann weder der Gläubiger gezwungen werden, etwas anderes anzunehmen, als er zu fordern hat, noch der Schuldner, etwas anderes zu leisten, als er zu leisten verbunden ist. Dieses gilt auch von der Zeit, dem Orte und der Art, die Verbindlichkeit zu erfüllen" (§. 1413 a. b. G. B.). Hienach ist, um entscheiden zu können, ob ein Handelsgeschäft in entsprechender Weise erfüllt wurde bezw. wie es erfüllt werden soll, stets der demselben zu Grunde liegende Wille der Contrahenten zu erforschen (s. hierüber oben §. 106). Das Gesetz gibt hiefür — wie erwähnt — nur subsidiäre oder den mangelnden Parteiwillen supplirende Vorschriften oder Auslegungsregeln.

II. Der aus einem Rechtsgeschäfte Verpflichtete ist zur entsprechenden Erfüllung seiner Verbindlichkeit verpflichtet, der aus dem Geschäfte Berechtigte hat ein Recht auf Erfüllung des Geschäftes, das im Wege gerichtlicher Klage geltend gemacht wird. Zweiseitig verbindliche Rechtsgeschäfte legen beiden Contrahenten Pflichten, Leistungen auf; und kein Theil, der nicht selbst erfüllt oder zu erfüllen bereit ist, kann den anderen Theil auf Erfüllung belangen; kein Theil kann — ausgenommen den Fall eines besonderen Vorbehaltes — wegen Nichterfüllung des anderen Theiles einseitig vom Vertrage abgehen, sondern es kann stets nur Erfüllung des Vertrages und Schadenersatz verlangt werden (§. 919 a. b. G. B.). Nach gänzlicher Erfüllung ist ein Rücktritt vom Vertrage schon begrifflich ausgeschlossen; und um die Wirkung eines erfüllten Rechtsgeschäftes wieder rückgängig zu machen, bedarf es eines neuen Vertrages (§. 920 a. b. G. B.).

III. Auch rücksichtlich der Folgen der Verzögerung der Erfüllung (mora solvendi und mora accipiendi) gelten im Handelsverkehre im Allgemeinen die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (§§. 1333—1335, 1419, 1425 a. b. G. B.), sofern nicht das H. G. B. rücksichtlich der Verzugszinsen, und bezüglich einzelner Handelsgeschäfte, wie Kauf, Commission, Spedition, Frachtgeschäft besondere Rechtssätze aufstellt.[3])

Nach ausdrücklicher Bestimmung des H. G. B. (Art. 288 Abs. 2) gilt die Zustellung einer Rechnung für sich allein nicht als Mahnung zur Zahlung.[4])

§. 112.

2. Vom Erfüllungsorte insbesondere.[1])

Erfüllungsort ist jener Ort, an welchem der aus einem Rechtsgeschäfte oder Vertrage Verpflichtete zu leisten verbunden ist, u. z. nicht

3) Siehe rücksichtlich der Verzugszinsen oben §. 105; rücksichtlich der im Texte erwähnten Geschäfte s. unten §§. 143, 146, 156, 167, 179.

4) Ebenso ung. H. G. §. 282 Abs. 2, bosn. §. 302, Abs. 2 (s. auch oben §. 105).

1) Vgl. hiezu insbes. Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsorte (1862); Gruchot, Zahlung der Geldschuld (1871). S. 172 ff.; Schulin, Die Lehre vom Erfüllungsorte und vom Gerichtsstande der Obligationen (1879); Arndts, Pandecten §. 221; Windscheid Pandecten §. 282;

bloß die Ortschaft (Stadt, Dorf u. s. w.), sondern eventuell auch ein bestimmter Punkt in der Ortschaft (Haus, Comptoir, Laden u. s. w.). Der Erfüllungsort eines Handelsgeschäftes bestimmt sich 1. durch den Willen der Contrahenten und 2. in Ermangelung eines solchen nach dem Gesetze.

1. Der Wille der Contrahenten rücksichtlich des Erfüllungsortes kann aus dem Vertrage in mehrfacher Weise erkennbar sein: a) Der Erfüllungsort kann im Vertrage ausdrücklich genannt sein. In diesem Falle muß an diesem Orte erfüllt werden (Art. 324 Abs. 1)[2]); sind zwei oder mehrere Orte alternativ genannt, ohne daß einem bestimmten Vertragstheile die Wahl überlassen wäre, so hat der Schuldner die Wahl[2a]) (§. 906 a. b. G. B.). b) Der Erfüllungsort ist nicht ausdrücklich im Vertrage genannt, ergibt sich aber aus dem stillschweigend erklärten Willen der Partei. Dieser kann aus der Natur des Geschäftes, wie z. B. bei Handelsgeschäften über Gegenstände, die nicht nur geliefert, sondern auch aufgestellt und eingesetzt werden sollen[3]), oder aus den Handelsgebräuchen (Usancen) am Orte des Vertragsabschlusses[4]) erkannt werden.[5])

2. Läßt sich der Erfüllungsort weder aus einer ausdrücklichen Ver-

---

Brinz, Pandecten (2. Aufl.) II. §. 279 S. 330 ff., §. 290 S. 452 ff. und in Krit. Vierteljahrschrit XXII. S. 201 ff.; Eck in v. Holtzendorffs Rechtslexicon I. unter „Erfüllungsort"; Thöl, H. R. §. 248; v. Hahn, Comm. II. zu Art. 324, 325, 342; Staub, Comm. zu denselben Artikeln; Keyßner in Ztschr. f. H. R. XXVI. S. 550; Melchior, Erfüllungsort bei Obligationsverhältnissen, insbes. Distanzverkäufen (Dissertation Göttingen. [Berlin] 1892). Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 254; Goldschmidt, System. (4 Aufl.) §. 91. — H. G. B. Art. 324, 325; ung. H. G. §§. 322—325; bosn. §§. 338—341.

2) Ung. H. G. §. 322, Abs. 1, bosn. §. 338, Abs. 1.

2a) Nach ung. H. G. (§. 325) und bosn. (§. 341) ist diesfalls bei theilbarer Leistung in Ermangelung anderweitiger Vereinbarung an den bestimmten Orten zu gleichen Theilen zu leisten, bei untheilbarer Leistung jedoch hat, falls bezüglich dieses Wahlrechtes nichts vereinbart wurde, der Schuldner die Wahl des Erfüllungsortes.

3) Vgl. Erk. des R. O. H. G. XI. S. 312 ff., wonach bei dem Umstande, als die gekauften Kamine beim Käufer aufgestellt werden sollten, das Domicil des Käufers als Erfüllungsort angenommen wurde.

4) R. G. XXIII. S. 95.

5) v. Hahn, Comm. II. §. 3. Note 5 zu Art. 324; vgl. hiezu Ihering in Jahrb. IV. S. 420 ff.; und R. G. XVI. S. 3 ff. (Beim Verkauf schwimmender Waare ist Ort der Aushändigung des Ladescheines Erfüllungsort.) — Nicht ausschlaggebend ist die Vereinbarung über die Tragung der Transportkosten „franco N." (R. O. H. G. X. S. 176, XI. S. 312 ff., XIV. S. 168 ff.; XVI. S. 16; vgl. Prot. S. 640, 1382, 1387; Adler-Clemens, Entsch. I. Nr. 87, VII. Nr. 1121, 1205), ebenso nicht die Klausel „cif" d. h. „cost, insurance, freight", wodurch die Uebernahme der Kosten der Versicherung und Fracht vereinbart ist (R. O. H. G. XIII. S. 438, wohl aber die Clausel „ab Station X." (Adler-Clemens VI. Nr. 1077). Der Erfüllungsort muß nicht bei zweiseitig verbindlichen Handelsgeschäften für beide Theile derselbe sein (Adler-Clemens III. Nr. 302, 420. VII. Nr. 1121). — Beim Commissionsgeschäft gilt in Ermanglung einer ausdrücklichen Verabredung der Ort, an welchem der Auftrag nach der Natur des Geschäftes auszuführen ist, als Erfüllungsort (Adler-Clemens III. Nr. 359, 403; IV. Nr. 658). Beisetzung des Zahlungsortes auf der Factura begründet nur dann das forum contractus, wenn dies aus dem Verhalten des Käufers abgeleitet werden kann, bloßes Stillschweigen genügt nicht (s. Note 13, u. Hanausek, Facturen u. Facturenclausel §. 7 und insbes. Judicatur in Note 10).

tragsbestimmung noch aus der stillschweigenden Absicht der Parteien (Natur des Geschäftes, Handelsgebräuche) erkennen, so tritt der gesetzliche Erfüllungsort ein.[6]) Als solcher gilt der Ort, an welchem der Verpflichtete zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnsitz hatte (Art. 324 Abs. 2).[7]) Jedoch gelten hievon ex lege folgende Ausnahmen:

a) Individuell bestimmte Sachen (oder Theile von solchen), welche zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Contrahenten an einem anderen Orte (als am Orte der Handelsniederlassung oder des Wohnsitzes des Verpflichteten) sich befanden, sind an diesem Orte zu übergeben (Art. 324 Abs. 2).[8])

b) Für Geldschulden[9]), mit Ausnahme der Auszahlung indossabler oder auf Inhaber lautender Papiere, gilt als gesetzlicher Erfüllungsort jener Ort, an welchem der Gläubiger zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnsitz hat; dort hat der Schuldner auf seine Kosten und Gefahr die Zahlung dem Gläubiger zu leisten (Art. 325).[10]) Insoweit es sich aber um die Frage nach dem örtlichen Rechte der Obligation und um den Gerichtsstand (forum contractus) handelt, ist durch Art. 325 eine Ausnahme nicht statuirt.[11])

Eine ausdrückliche Bestimmung enthält das Gesetz noch rücksichtlich des Erfüllungsortes beim Kaufvertrage in Art. 342.[12]) Hienach gilt, falls nicht durch den Willen der Parteien entweder ausdrücklich (im Vertrage) oder stillschweigend (Natur der Sache, Handelsgebräuche) ein anderer Erfüllungsort bestimmt ist (Art. 324 Abs. 1), für den Verkäufer rücksichtlich der Uebergabe der Waaren die oben erörterte Vorschrift des Art. 324 Abs. 2 nebst der Ausnahme unter a und für den Verkäufer rücksichtlich der Zahlung des Preises die oben unter b für Geldzahlungen aufgestellte Ausnahme (Art. 325).

Es steht nichts im Wege, daß erst nachträglich ein bestimmter Er-

---

6) Vgl hiezu insbes. Regelsberger in Endemanns Hdb. II. §. 254 unter Nr. IV. C.

7) Ebenso ung. H. G. §. 322 Abs. 2, bosn. §. 338 Abs. 2 (über den Begriff der Handelsniederlassung s. oben §. 23). — Vgl. Entsch. bei Adler-Clemens I. Nr. 73, IV. Nr. 580.

8) Ung. H. G. §. 323, bosn. §. 339.

9) Das Gesetz sagt „Geldzahlungen“, es ist jedoch, wie sich aus dem Zusammenhange ergibt, nicht jede Geldzahlung, nicht jede numeratio (z. B. nicht Zuzählung eines versprochenen Darlehens, nicht Zahlungen aus unentgeltlicher Geschäftsführung, nicht die Rückgabe einer irrthümlich empfangenen Geldsumme oder bestimmter Geldstücke seitens des Depositars [Striethorst, Arch. Bd. 78 S. 178]), sondern nur Geldzahlungen zur Tilgung einer Schuld (solutio), reine Werthschulden gemeint (v. Hahn, Comm. II. zu Art. 325; Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 254, S. 511, Note 28; Staub, Comm. §. 2 zu Art. 325; vgl. R. G. II. S. 116 ff.).

10) Ung. H. G. §. 324, bosn. §. 340.

11) v. Hahn, Comm. II. zu Art. 325; Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 254 S. 511 ff.; Cosack, H. R. 2. Aufl. §. 19; vgl. R. O. H. G. XV. S. 330; R. G. I. S. 445; anders früher Cosack in 1. Aufl. S. 91 und neuerdings Staub, Comm. §. 1 zu Art. 325.

12) Ung. H. G. §. 345 Abs. 2, bosn. §. 363, Abs. 2.

füllungsort vertragsmäßig festgesetzt werde, so daß dann der gesetzliche hinwegfällt, oder auch daß der vertragsmäßige Erfüllungsort durch spätere Vereinbarung durch einen anderen oder durch den gesetzlichen Erfüllungsort ersetzt werde.[13])

Der Bestimmungs-, Abnahme-, Ablieferungsort einer Waare kann verschieden sein von dem Erfüllungsorte des Vertrages, insbesondere ist bei Distanzgeschäften der Erfüllungsort in der Regel verschieden vom Orte, wohin die Waare vertragsmäßig zu senden ist (Bestimmungsort) oder wo sie vom Schuldner abzuliefern ist (Ablieferungsort)[13a]), und der Verkäufer erfüllt beim Uebersendungskauf trotz der Verpflichtung, die Waaren dem Verkäufer zuzusenden, zumeist bei sich.[14])

Endlich werden auch vom Gesetze verschiedene rechtliche Wirkungen an den Bestimmungs- oder Ablieferungsort und an den Erfüllungsort geknüpft, wenn diese sich nicht decken.[15])

Die Bedeutung des Erfüllungsortes äußert sich aber auch noch insbesondere darin, daß: 1. Recht und Gesetz des Erfüllungsortes im Zweifel als das örtliche Recht des Vertrages gelten (s. oben §. 99); daß 2. Maß, Gewicht, Münzfuß, Münzsorten, Entfernungen, Zeitrechnungen des Erfüllungsortes im Zweifel als die vertragsmäßigen gelten (Art. 336 Abs. 1).[16]) und daß 3. der vertragsmäßige Erfüllungsort, gleichviel ob ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, ein forum contractus begründet (§ 43 Civ. Jur. N.)[17]), nicht so der gesetzliche[18]) (Art. 325 Abs. 2).

Wird die Leistung an dem Erfüllungsorte unmöglich, so ist bei vertragsmäßigem Erfüllungsorte ein anderer den Umständen entsprechender zu bestimmen; und nur wenn dadurch die Wesenheit des Vertrages oder die

---

13) Vgl. hiezu Staub, Comm. §. 7 zu Art. 324. Jedoch kann eine solche Aenderung oder Aufhebung eines vertragsmäßigen Erfüllungsortes bezw. die nachträgliche Aufstellung eines gewillkürten Erfüllungsortes anstatt des gesetzlichen nur durch Vertrag geschehen, nicht also einseitig seitens eines der beiden Contrahenten. So kann der Käufer bei einseitig vom Verkäufer in die Factura aufgenommenen Bedingungen unbeachtet lassen, selbst die vorbehaltlose Annahme einer Factura mit einem bestimmten, vom gesetzlichen oder früher vereinbarten Erfüllungsorte abweichenden Zahlungsorte gilt nicht als stillschweigende Zustimmung zu diesem Zahlungsorte, zumal eine diesbezügliche Rügepflicht grundsätzlich nicht besteht (R. O. H. G. V. S. 32 ff., XXII. S. 144 ff.; Hanausek, Facturen u. Facturenklauseln, 1891 S. 33). Daß Art. 347 H. G. B. eine derartige Rügepflicht des Käufers nicht normirt, wird ausführlich dargelegt von Hanausek, Haftung des Verkäufers I. S. 252 ff. (vgl. auch II. S. 48 ff. Note 4 u. Hanausek, Facturen &c. S. 33) u. von Ehrlich, Jurist. Bl. Nr. 31—33 v. 1887 S. 378 ff. (ebenso auch Keyßner in v. Holtzendorff's Rechtslexicon II. unter „Factura"; anders Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 43 ff., insbes. S. 44 Note 4). Auch ein Handelsgewohnheitsrecht besteht hiefür nicht (vgl. Hanausek, Facturen &c. S. 34 Note 11 und die daselbst verzeichnete Literatur und Judicatur). [VII. Nr. 1124.

13a) Vgl. Entsch. Adler-Clemens

14) Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 254 (S. 507); R. G. I. S. 283, III. S. 111.

15) Regelsberger a. a. O. und die dort in Note 5 cit. Erk. des R. O. H. G.

16) Ung. H. G. §. 325 Abs. 1, bosn. §. 342 Abs. 1.

17) Vgl. deutsche Civ. Pr. O. §. 29.

18) Vgl. hiezu Adler-Clemens, Entsch. II. Nr. 176, 211, III. Nr. 495, 510 (s. auch III. Nr. 398, 403, 422, II. Nr. 189).

Möglichkeit der Erfüllung desselben betroffen würde, ist der Vertrag als nicht geschlossen anzusehen (vgl. §. 880 a. b. G. B.); ebenso wenn die Erfüllung am gesetzlichen Erfüllungsorte unmöglich geworden ist, über einen anderen Erfüllungsort aber eine Verständigung nicht erzielt werden konnte.

§. 113.

3. Die Erfüllungszeit.[1])

Die Erfüllungszeit kann im Vertrage bestimmt sein, oder nicht. In letzterem Falle gilt die Regel des Gesetzes, daß die Erfüllung jederzeit, daher auch sofort bei Vertragsabschluß, insbesondere bei Verträgen inter praesentes[2]) gefordert und geleistet werden kann, sofern nicht nach den Umständen[3]) und nach dem Handelsgebrauch[4]) etwas Anderes anzunehmen ist (Art. 326)[5]); jedoch braucht bei Verpflichtungen aus gegenseitigen Schuldverträgen im Zweifel nur Zug um Zug geleistet zu werden[6]), und es kann der auf Erfüllung belangte Theil dem klagenden Vertragstheile, falls dieser gleichfalls noch nicht erfüllt hat, die exceptio non adimpleti contractus entgegensetzen; endlich kann die Erfüllung nur zu passender Zeit[7]), d. i. bei Handelsgeschäften zur Geschäftszeit verlangt und angeboten werden, außer es würde sich der andere Theil mit der ungewöhnlichen oder ungenügenden Zeit begnügen (Art. 332).[8])

Die vertragsmäßige Erfüllungszeit kann ausdrücklich festgesetzt sein, oder sich stillschweigend aus dem Inhalte des Vertrages je nach dem Zwecke und der Beschaffenheit der Leistung, z. B. Lieferung für eine be-

---

1) Vgl. hiezu Savigny, Obl. R. I. §. 50; Gruchot, Die Lehre von der Zahlung S. 130 ff.; Windscheid, Pandecten II. §. 273; Brinz, Pandecten II. §. 279; Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 255; Schlomka in Busch's Arch. III. S. 275 ff. — H. G. B. Art. 326—334; ung. H. G. §§. 327—335; bosn. H. G. §§. 343—351.

2) Jedoch ist dem Schuldner bei unbefristeter Verbindlichkeit „ein modicum tempus zu gewähren, d. h. soviel Zeit, als zur Erfüllung unumgänglich nöthig ist" (Puchelt, Comm. II. Nr. 2 zu Art. 326; vgl. Windscheid a. a. O.; R. O. H. G. IV. S. 353 ff.). — Das östr. allg. bürg. G. B. (§. 904) erklärt „sogleich" als „ohne unnöthigen Aufschub", was praktisch auf dasselbe hinauskommt, wie das modicum tempus (vgl. Adler-Clemens, Entsch. III. Nr. 363); dieselbe Bedeutung hat die Ausbedingung prompter Lieferung (Adler-Clemens, Entsch. I. Nr. 65). Auch das Uebereinkommen, den Saldo nach Befinden zu ordnen, gilt nur als Gestattung einer mäßigen Frist (Adler-Clemens III. Nr. 353). — Die Zusicherung der Zahlung „sobald eine Partie Waare verkauft sein würde" ist Zusicherung bei Zahlung „nach Thunlichkeit und Möglichkeit" (ebenda VI. Nr. 1058).

3) Z. B. wenn Getreide der nächsten Ernte versprochen wird (v. Stubenrauch, Oestr. H. R. 1863 §. 168 S. 442).

4) Unter Handelsgebrauch ist hier nicht Handelsgewohnheitsrecht im Sinne des Art. 1, sondern Geschäftsgebrauch im Sinne des Art. 279 verstanden (Keyßner, Comm. Nr. 3 zu Art. 326; Puchelt, Comm. II. Nr. 3 zu Art. 326). Dieser kann für die Erfüllung unbefristeter Verbindlichkeiten gewisse Fristen feststellen (R. O. H. G. XVII. S. 333 ff.). [§. 343.

5) Ebenso ung. H. G. §. 327, bosn.

6) Ausdrücklich anerkannt in Art. 342 Abs. 2 H. G. B. (ung. H. G. §§. 335, 345, bosn. §§. 351, 363). — Vgl. R. O. H. G. IX. S. 433 ff. und Erk. in Seuffert's Arch. XXVIII. Nr. 206.

7) „Opportuno tempore" in l. 39, D. de solut. 46. 3.

8) Ung. H. G. §. 332, bosn. §. 348.

stimmte Festlichkeit[9]), oder auch aus der am Erfüllungsort bestehenden Handelsübung[10]) ergeben.

Im Einzelnen gibt das Gesetzbuch rücksichtlich der Bedeutung der Zeitbezeichnungen und der Berechnung der Fristen ergänzende Regeln:

1. Lautet die Erfüllungszeit auf das Frühjahr oder den Herbst oder auf ähnliche Zeitbestimmungen, z. B. zur nächsten Leipziger Messe, so entscheidet der Handelsgebrauch des Erfüllungsortes, wann zu leisten ist (Art. 327 Abs. 1).[11])

2. „Mitte Monats" bedeutet den 15. des betreffenden Monats (Art. 327 Abs. 2).[12])

3. Bei vertragsmäßigen Fristbestimmungen, nach deren Ablauf der Vertrag erfüllt werden soll, fällt der Zeitpunkt der Erfüllung bei nach Tagen bestimmten Fristen auf den letzten Tag der Frist[12a]), wobei der Tag, an welchem der Vertrag abgeschlossen wurde, nicht mitgezählt wird, und wobei die Fristbestimmung „acht Tage", nicht etwa eine Woche, sondern volle acht Tage und „vierzehn Tage", nicht etwa einen halben Monat, sondern nur vierzehn Tage bezeichnet. Ist hingegen die Frist nach Wochen bestimmt, so fällt der Zeitpunkt der Erfüllung auf denjenigen Tag der letzten Woche, der durch seine Benennung dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht, bei Fristbestimmungen nach Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, viertel Jahr) aber auf jenen Tag des letzten Monates, welcher durch seine Zahl (Datum) dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht; fehlt aber dieser Tag im letzten Monate der Frist, so fällt die Erfüllung auf den letzten Tag des letzten Monates. Der Ausdruck „halber Monat" wird einem Zeitraume von fünfzehn Tagen gleich geachtet; und es sind in Fällen, in welchen die Frist auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt ist, die fünfzehn Tage zuletzt zu zählen (Art. 328 Abs. 1 u. 2). Eben diese Grundsätze der Fristberechnung gelten auch dann, wenn der Anfang der Frist (nicht nach dem Tage des Vertragsabschlusses, sondern) nach einem anderen Zeitpunkte oder Ereignisse bestimmt worden ist (Art. 328 Abs. 3).[13])

---

9) Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 255.

10) Regelsberger a. a. O.

11) Vgl. Adler-Clemens III. Nr. 284. Ebenso ung. H. G. §. 328 Abs. 1, bosn. §. 344 Abs. 1.

12) Adler-Clemens III. Nr. 492. Ebenso ung. H. G. §. 328 Abs. 2, bosn. §. 344 Abs. 2, welche beiden Gesetzesstellen noch hinzufügen, daß, wenn die Erfüllung auf Ende eines Monats gestellt worden ist, der letzte dieses Monats als Erfüllungstag anzusehen ist. Dies gilt den Anschauungen des Verkehrs entsprechend auch nach österreichischem und deutschem Handelsrechte. Die verkehrsübliche Bezeichnung für den letzten Tag eines Monats ist „Ultimo" in Verbindung mit dem betreffenden Monatsnamen (s. Regelsberger a. a. O. S. 514).

12a) Die Frist „in den Monaten von August bis December" endigt mit 30. November und ist daher eine festbestimmte Frist (Adler-Clemens VI. Nr. 920).

13) Im Allgemeinen gelten dieselben Regeln wie für das deutsche und österreichische Handelsrecht auch in Ungarn (H. G. §. 329 Abs. 1 u. 2) und Bosnien-Hercegowina (H. G. §. 345 Abs. 1 u. 2); nur sind die Regeln einerseits in den beiden letztgenannten Gesetzbüchern weniger detaillirt als im allgemeinen deut-

Soll aber die Erfüllung innerhalb (nicht wie in den bisher erwähnten Fällen mit Ablauf) einer bestimmten Frist geschehen, so muß sie vor Ablauf derselben erfolgen (Art. 330 Abs. 1)[14])

An einem Sonntage oder an einem allgemeinen Feiertage ist niemand verpflichtet zu erfüllen oder die Erfüllung anzunehmen (Art. 329, 330 Abs. 2)[15]), wenn dies nicht etwa ausdrücklich oder stillschweigend bedungen wäre; und es gilt daher, wenn der Erfüllungszeitpunkt auf einen Sonntag oder einen allgemeinen Feiertag fällt, der nächste Werktag als Tag der Erfüllung (Art. 329)[16]), außer wenn innerhalb d. i. vor Ablauf einer bestimmten Frist zu leisten ist, in welchem Falle spätestens am nächstvorhergehenden Werktage erfüllt werden muß (Abs. 330).[17]) Welche Tage allgemeine Feiertage sind, ist im H. G. B. nicht entschieden. Die überwiegende Mehrzahl der Einführungsgesetze zum H. G. B. enthalten Bestimmungen hierüber.[18]) In Oesterreich dürften wohl nur Feiertage staatlich anerkannter Religionen oder Religionsgenossenschaften als allgemeine Feiertage anzusehen sein. Bei Feiertagen, die nicht allgemein in ganz Oesterreich seitens der Bekenner der betreffenden Confession oder der Mitglieder der betreffenden Religionsgenossenschaft gefeiert werden, wie z. B. die Feste der Landespatrone, welche nur in einzelnen Kronländern gefeiert werden, ist noch darauf zu sehen, ob am Erfüllungsort dieser Tag seitens der betreffenden Religionsgemeinde als Feiertag gehalten wird. Daß ein Tag allgemeiner Feiertag der überwiegenden Mehrheit der Einwohner des Erfüllungsortes sei, wäre an sich wohl nicht erforderlich — denn das Gesetz will in den obcit. Art. 329 und 330 nur sagen, daß niemand verpflichtet ist, an seinem allgemeinen Feiertage eine Leistung zu erfüllen oder anzunehmen —, kann aber nach dem Gebrauche an einem bestimmten Erfüllungsorte als maßgebend anzusehen sein.[19])

Feiertage, welche innerhalb der Frist liegen, haben für die Bemessung

---

schen H. G. B., andererseits aber stellt §. 331 des ung. und §. 347 des bosn. H. G. noch die weitere Regel auf, daß die auf „einige" oder „ein bis zwei" Tage, Wochen, Monate, Jahre gestellte Erfüllung in zwei Tagen, Wochen &c. geschehen müsse, wogegen es bei dem Gebrauche von Ausdrücken wie „ehestens", „sobald wie möglich", „gelegentlich" u. ähnl. dem Richter überlassen ist, nach den obwaltenden Umständen und der Natur des Geschäftes die Erfüllungszeit festzusetzen.

14) Ebenso ung. H. G. §. 330 und bosn. H. G. §. 346.

15) Ebenso ung. H. G. §§. 329 Abs. 3, 330; bosn. §§. 345 Abs. 3, 346.

16) Ung. H. G. §. 329 Abs. 3, bosn. §. 345 Abs. 2.

17) Ung. H. G. §. 330, bosn. §. 346. — Dies gilt auch rücksichtlich des auf einen Feiertag fallenden Zahlungstermines, wenn über eine aus einem Handelsgeschäfte herrührende Forderung ein gerichtlicher Vergleich abgeschlossen wird (Adler-Clemens IV. Nr. 747).

18) Eine Zusammenstellung der diesbezüglichen Vorschriften der einzelnen Einführungsgesetze s. v. Hahn, Comm. II. Note 2 zu Art. 329 und v. Salpius, Die Ergänzungen der Allg. Deutschen W. O. und des Allg. D. H. G. B. im Gebiete des Norddeutschen Bundes durch Bundes- und Landesgesetze unter Berücksichtigung der süddeutschen Einf. Ges. (1870) S. 188, 189. — Vgl. Brauer in Siebenhaar's Archiv f. W. R. u. H. R. V. S. 353.

19) Anders v. Stubenrauch, Hdb. des östr. H. R. §. 168 S. 144; Brix, Comm. zu Art. 329.

der Frist lediglich nur die Bedeutung von Zähltagen, wie jeder andere in der Frist liegende Tag.[20])

Abänderungen der hier angeführten ergänzenden Regeln rücksichtlich der Zeitberechnung bleiben nach Art. 331 H. G. B., soweit sie die Liquidationstermine der Börsengeschäfte betreffen, den Börsenordnungen vorbehalten.[21])

Wie bei der gesetzlichen Zeitbestimmung, so braucht auch bei der gewillkürten bei zweiseitigen Schuldverträgen im Zweifel nur Zug um Zug geleistet zu werden, und muß auch hier die Erfüllung am Erfüllungstage während der gewöhnlichen Geschäftsstunden geleistet und angenommen werden (Art. 332).[22])

Im Allgemeinen gilt der Verfallstag einer Leistung für beide Theile; und es kann vorher gegen den Willen des einen oder des anderen Vertragstheiles die Erfüllung weder gefordert noch geleistet werden (§§. 902, 1413 a. b. G. B.). Das Gesetz überläßt es jedoch dem Richter, in jedem einzelnen Falle, in welchem ein Verfallstag bestimmt ist, nach der Natur des Geschäftes und der Absicht der Contrahenten zu untersuchen, ob derselbe nur zu Gunsten des einen oder des anderen der beiden Contrahenten hinzugefügt worden ist (Art. 334 Abs. 1).[23]) Es braucht sohin derjenige, welcher vor dem Verfallstag leisten oder empfangen will, nicht immer zu beweisen, daß der Verfallstag lediglich nur zu seinen Gunsten hinzugefügt worden sei, sondern nur dann, wenn der Richter sich nach dem vorliegenden Materiale eine Gewißheit in dieser Frage nicht bilden konnte, und einen Beweis verlangt. Wenn aber auch der Schuldner hienach vor dem Verfallstage zu leisten befugt ist, so ist er doch nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Gläubigers den Disconto abzuziehen, insofern nicht Uebereinkunft oder Handelsgebrauch ihn dazu ermächtigen (Art. 334 Abs. 2).[24])

Nach Art. 333 kann die vertragsmäßige Zeitbestimmung hinausgeschoben, verlängert werden. Die neue Frist beginnt dann im Zweifel am ersten Tage nach Ablauf der alten Frist.[25]) Eine Verlängerung der Frist ohne bestimmte Zeitangabe ist, sofern nicht aus den Umständen Anderes erhellt, als Prolongation auf unbestimmte Zeit zu betrachten, so daß vom ersten Tage nach Ablauf der alten Frist an, wie wenn das Geschäft unbefristet wäre, jederzeit die Leistung gefordert und erfüllt werden kann.[26])

---

20) R. O. H. G. VI. S. 92 ff.

21) Ein analoger ausdrücklicher Vorbehalt fehlt im ung. u. bosn. H. Ges.

22) Ung. H. G. §. 322, bosn. §. 348.

23) Ung. H. G. §. 334 Abs. 1, bosn. §. 350 Abs. 1. [§. 350 Abs. 2.

24) Ung. H. G. §. 334 Abs. 2, bosn.

25) Ung. H. G. §. 333, bosn. §. 349.

26) Nach dem preußischen Entwurfe (Art. 246) sollte bei Fristprolongationen ohne nähere Bezeichnung der Zeit, für welche die Frist erstreckt wurde, die Verlängerung für dieselbe Frist zu gelten haben, welche im Vertrage selbst oder in der letzten Fristbewilligung verabredet war. Die Codificationscommission lehnte diese Bestimmung mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der möglicherweise obwaltenden Umstände und wegen der darin für den Gläubiger, der ohne Weiteres von Neuem durch die zuerst im Vertrage oder in der letzten Verabredung festgesetzte Zeit hingehalten werden sollte, liegende Härte ab (Prot. S. 586, 587).

Obgleich das Gesetz nur von der Verlängerung der vertragsmäßigen Frist spricht, so ist doch die Bestimmung des Art. 333 nach herrschender Lehre auch für die gesetzliche oder usancemäßige Frist anwendbar.[27])

Hienach kann durch Prolongation eine gesetzliche oder usancemäßige Erfüllungszeitbestimmung durch eine vertragsmäßige, und umgekehrt eine durch Vertrag bestimmte Erfüllungszeit durch die gesetzliche oder usancemäßige ersetzt werden. Aber auch ohne Prolongation kann nachträglich durch Vereinbarung eine Erfüllungszeit festgesetzt oder eine vertragsmäßige Bestimmung der Erfüllungszeit durch Uebereinkunft beseitigt werden.

§. 114.

4. Die Art der Erfüllung.[1])

Darüber, wie ein Handelsgeschäft zu erfüllen ist, enthält das H. G. B. abgesehen von den bereits oben (§. 105) erörterten Bestimmungen über Inhalt und Umfang handelsrechtlicher Verpflichtungen, welche theilweise auch die Art der Erfüllung mitbetreffen, nur ganz wenige Vorschriften. Es gelten auch hier in erster Linie die Vereinbarungen der Parteien, und die Regeln des Gesetzes sind nur Dispositivvorschriften für den Fall mangelnder Vereinbarung.[2]) Ergänzend kommen die Vorschriften des a. b. G. B. in Anwendung. Hienach ist insbesondere zu beachten:

1. Nach Art. 335[3]) hat der Verpflichtete, wenn im Vertrage nichts Näheres über die Beschaffenheit und Güte der Waare bestimmt ist[4]), „Handelsgut mittlerer Art und Güte“[5]) zu leisten. Darunter wird eine Waare verstanden, „welche nach Gesetz, Gebrauch und Anschauung des redlichen Handels allgemein gegeben und genommen wird.“[6])

---

27) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 333; v. Stubenrauch, H. R. §. 169 unter Nr. 2.

1) Vgl. hiezu v. Stubenrauch, H. R. §. 170; Auerbach, Das neue H. Ges. I. S. 351 ff. — H. G. B. Art. 335, 336; ung. H. G. §§. 321, 325; bosn. §§. 337, 342.

2) Staub, Comm. zu Art. 335, 336.

3) Ung. H. G. §. 321, bosn. §. 337. — Zur Entstehungsgeschichte des Art. 335 H. G. B. vgl. insbes. Auerbach a. a. O.

4) Zunächst gilt die ausdrückliche Verabredung der Parteien, „wohl zu unterscheiden von vagen Anpreisungen und offenbaren Uebertreibungen“ (Staub, Comm. §. 1 zu Art. 335), z. B. „Das Beste, was es überhaupt gibt“ und sonstige Reclamen. Die Clausel „tel quel“ oder „Die Waare falle, wie sie falle“, die beim Handel von Waaren, die unterwegs sind, gebräuchlich ist, bedeutet, daß auch die schlechteste Qualität geliefert werden darf, wenn sie nur als odentliches Kaufmannsgut (Handelsgut) verladen wurde und unbeschädigt, unverdorben und nicht ungesund ist. Selbst geringere Beschädigungen und einiger Verderb können durch diese Clausel gedeckt werden (Staub a. a. O.; anders Schlodtmann in Ztschr. f. H. R. XXXVIII. S. 353 ff.).

5) Französisch: „marchandise loyale et marchande“, „marchandise bonne et marchande“; englisch: „merchantable quality“ oder „of merchantable value and proper subject of trade“.

6) Goldschmidt, Hdb. des H. R. II. (2. Aufl.) §. 62 S. 39, 40. — Das Gesetz selbst enthält keine Definition des Begriffes „Handelsgut mittlerer Art und Güte“; es überläßt daher die Begriffsaufstellung der Wissenschaft und dem Verkehre. Handelsgut ist nicht jede Waare an sich, sondern nur die in Handel gegeben und genommen wird; die Waare muß unter Umständen gewisse Eigenschaften an sich tragen, z. B. Prämienlose müssen gestempelt und unver-

2. Im Zweifel sind „Maß, Gewicht, Münzfuß, Münzsorten, Zeitrechnung und Entfernungen", welche an dem Orte gelten, wo der Vertrag erfüllt werden soll, als die vertragsmäßigen zu betrachten (Art. 336 Abs. 1)[7]), wobei unter Zeitrechnung hauptsächlich der Unterschied des gregorianischen und julianischen Kalenders, des alten und neuen Styls, und unter Entfernung die Bestimmungen über Kilometer, Stunden u. s. w. zu verstehen sind, nach welchen mitunter bei Frachtgeschäften die Fracht berechnet wird.

3. Ist die im Vertrage bestimmte Münzsorte am Zahlungsorte nicht in Umlauf oder nur eine Rechnungswährung, so kann der Betrag nach dem Werthe zur Verfallszeit in der Landesmünze gezahlt werden, sofern nicht durch den Gebrauch des Wortes „effectiv" oder eines ähnlichen Zusatzes die Zahlung in der im Vertrage bestimmten Münzsorte ausdrücklich bedungen wäre (Art. 336 Abs. 2).[8])

4. Kann ein Versprechen nach Wahl (d. i. alternativ) erfüllt werden, so steht diese nach §. 906 a. b. G. B. dem Verpflichteten zu. Von der einmal getroffenen Wahl kann er nicht mehr einseitig abgehen. Wird die Wahl durch zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke vereitelt, so ist der wahlberechtigte Theil an den Vertrag nicht gebunden. Trifft aber den Verpflichteten diesfalls ein Verschulden, so haftet er für den aus der Vereitelung der Wahl dem anderen Theile entstandenen Schaden (§. 907 a. b. G. B.). Trifft den Wahlberechtigten ein Verschulden, so ist er an den Vertrag gebunden und darf keinen Schadenersatz fordern.

§. 115.

5. Die Sicherung der Erfüllung.[1])

I. Zur Sicherung der Erfüllung der Handelsgeschäfte dienen im Allgemeinen dieselben Mittel wie im sonstigen civilrechtlichen Verkehre. Einzelne dieser Sicherungsmittel gewähren nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar, nicht schon an sich, sondern erst in zweiter Linie durch den in ihnen liegenden eventuellen Antrieb zur Erfüllung des Vertrages eine — wenn auch mitunter nur processuale — Sicherung oder Stärkung der Obligation, so die Arrha, die Conventionalstrafe und der Schuld-Anerkennungsvertrag. Soweit rücksichtlich der beiden ersteren handelsrechtliche Besonderheiten bestehen, war bereits oben bei Erörterung des Inhaltes der handelsrechtlichen Verpflichtungen (§. 105), deren Bestandtheil sie sind, davon die Rede; der Schuldanerkennungsvertrag bietet keine handelsrechtlichen Besonderheiten; es kann daher auf die diesbezüglichen Normen des allgemeinen

---

löst sein (R. O. H. G. XX. S. 418 ff.), Werthpapiere dürfen nicht als gestohlen bekannt gemacht, oder amortisirt sein. Die mittlere Art und Güte betrifft die Qualität innerhalb der Gattung, nicht die Sorte (Prot. S. 4580; R. O. H. G. XV. S. 414 ff., XXIV. S. 234 ff.).

7) Ung. H. G. §. 315 Abs. 1, bosn. §. 342 Abs. 1. Vgl. Prot. S. 590 ff.

8) Ebenso ung. H. G. §. 326 Abs. 2, bosn. §. 342 Abs. 2.

1) Vgl. hiezu insbes. Regelsberger in Endemann's Handbuch II. §. 256; Goldschmidt, System (4. Aufl.) §. 112.

bürgerlichen Rechtes verwiesen werden (§§. 1376 ff.)[2]). Im Handelsverkehre geschieht die Schuldanerkenntniß häufig auch durch im gegenseitigen Einvernehmen bewirkte Eintragungen in die Handelsbücher[3]), sowie gelegentlich der Abrechnung.[4]) Andere Sicherungsmittel hinwiederum gewähren eine reale Sicherung unmittelbar gegen die Zahlungsflucht oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, so das Pfandrecht und das Retentionsrecht, über welches bereits oben (§§. 95 ff.) in anderem Zusammenhange gehandelt wurde. Endlich kann eine Sicherung der Erfüllung einer Obligation auch durch Einstehen eines Anderen für die Verbindlichkeit des Verpflichteten geschehen. Dies ist die Bürgschaft, über welche hier Einiges zu bemerken kommt.

II. Der Begriff der Bürgschaft ist im Handelsverkehre derselbe, wie im sonstigen Civilrechte[5]) (§§. 1346 bis einschl. 1367 a. b. G. B.).[6]) Sie ist nach österr. Rechte ein Vertrag, in welchem sich Jemand dem Gläubiger eines Anderen für des Letzteren Schuld accessorisch und subsidiär verpflichtet[7]) (§. 1346 a. b. G. B.). Der (einfache) Bürge ist nach öster. Rechte Nachschuldner, nicht Mitschuldner[8]), er kann in der Regel erst dann belangt werden, wenn der Hauptschuldner auf gerichtliche oder außer=

---

2) Vgl. hiezu außer den Commentaren zum a. b. G. B., den Lehr= und Handbüchern des röm. u. gemeinen Rechtes, des H. R. und des deutschen Privatr. auch noch Puchta, Kleinere civilistische Schriften (1851) S. 609 ff.; Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855; 2. Aufl. 1867); Ihering's Jahrb. II. S. 283 ff., 367 und in Krit. Vierteljahrsschrift XVIII. S. 334 ff.; Dernburg in Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 496 ff.; Arndts in Krit. Ueberschau IV. S. 1 ff., 219 ff.; Bruns in Ztschr. f. Rechtsgesch. I. S. 93 ff. 183 ff.; v. Salpius, Novation S. 500 ff.; Witte in Krit. Vierteljahrsschrift VI. S. 371 ff.; Unger in Ihering's Jahrb. VIII. S. 179 ff.; Koch in Ztschr. f. H. R. X. S. 428 ff.; Bekker in Krit. V. J. Schr. IX. S. 278 ff.; Hesse, Wesen und Arten der Verträge nach heut. röm. R. (1868) S. 241 ff.; und jurist. Probleme (1862); Schloßmann, zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 65 ff.; Stahl in Archiv f. civilist. Praxis LIV. S. 285 ff.; Exner in Grünhut's Ztschr. I. S. 233; Buhl, Beitr. z. Lehre vom Anerkennungsvertrage (Heidelberg 1875); v. Canstein, Anerkennung u. Geständniß (1879); Wach in Arch. f. civ. Praxis LXIV. S. 201 ff.; Hasenöhrl, östr. Obl. R. II./1. §. 81.

3) Solche Bucheinträge enthalten „eine vertragsmäßige Feststellung der aus einem anderen Rechtsgrunde herrührenden Verbindlichkeit" (Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 251 S. 491; vgl. R. O. H. G. I. S. 159 ff., II. S. 274, XII. S. 69, 70; XIV. S. 260 ff.; XXIII. S. 164 ff.; Bähr, Anerkennung §. 57 a).

4) Vgl. hiezu Pfeiffer, Prakt. Ausführungen VIII. Abth. 2; Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund §§. 55, 56; Regelsberger im Arch. f. civ. Praxis XLVII. S. 158 ff., und in Endemann's Hdb. II. §. 251 unter Nr. III; Grünhut in seiner Ztschr. III. S. 512 ff.; Stobbe, Deutsches Privatr. III. §. 167, woselbst in Note 22 weitere Literaturangaben.

5) R. O. H. G. XVI. S. 413.

6) Vgl. hiezu die Commentare zum a. b. G. B., insbes. v. Stubenrauch (neu besorgt von Schuster u. Schreiber) zu §§. 1346 u. ff.

7) v. Stubenrauch, Comm. a. a. O. zu §. 1346.

8) Ungenau wird der einfache Bürge von Mages, Gesammtschuldverhältnisse des östr. R. (1872) S. 81, 109 ff., 164 ff., 197 und von Hasenöhrl, Oestr. Obl. R. I. S. 108 ff., 128 als Correalschuldner im Sinne von Mitschuldner bezeichnet (s. dagegen v. Stubenrauch, Comm. in 4. Aufl. v. Schuster u. Schreiber in Note 3 zu §. 1346).

gerichtliche Einmahnung seitens des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat[9]) (§. 1355). Nur wenn er sich als „Bürgen und Zähler" verpflichtet, haftet er solidarisch (d. i. correal) mit dem Hauptschuldner[10]) (§. 1357), und es steht diesfalls dem Gläubiger das Recht zu, nach seiner Wahl zuerst den Hauptschuldner oder den Bürgen, oder beide zugleich zu belangen. In dem Falle, als der Hauptschuldner zur Verfallszeit der Forderung notorisch zahlungsunfähig (z. B. in Concurs gerathen) oder unbekannten Aufenthaltes ist, hat der Gläubiger, vorausgesetzt, daß ihm keine Nachlässigkeit zur Last fällt, das Recht, den Bürgen selbst dann zuerst zu belangen, wenn dieser sich ausdrücklich nur für den Fall verpflichtet hätte, daß der Hauptschuldner zu zahlen unvermögend sei[11]) (§. 1356). Diese correale Mitschuldnerschaft des Bürgen mit Ausschluß der beneficia excussionis und divisionis stellt das H. G. B. dann als Regel auf, wenn entweder die Schuld aus einem Handelsgeschäfte des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist (Art. 281 H. G. B.).[12]) In ersterem Falle genügt es also nicht, daß die Hauptschuld aus einem Handelsgeschäfte des Gläubigers hervorgegangen ist, sondern es muß dieses Geschäft nach ausdrücklicher Vorschrift des H. G. B. auf Seiten des Hauptschuldners ein Handelsgeschäft sein.[13]) Die Bürgschaft selbst aber kann ein relatives Handelsgeschäft nach Art. 272 Z. 3 (Bankiergeschäft) oder accessorisches Handelsgeschäft nach Art. 273 Abs. 1 und der Präsumtion des Art. 274 sein.[14]) Mit Rücksicht auf Art. 277 ist es gleichgiltig, ob der Bürgschaftsvertrag als „ein zum Betriebe des Handelsgewerbes des Bürgen oder des Gläubigers[15]) gehörendes Geschäft" abgeschlossen wurde.[16]) Jedoch wird die

---

9) Nach öftr. Rechte genügt sohin die gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung des Hauptschuldners, während nach gemeinem Rechte (Nov. 4, cap. 1) der Hauptschuldner vorher ausgeklagt werden mußte (sog. beneficium excussionis), nach öftr. Rechte muß der Kläger in der Klage ausführen, daß er den Hauptschuldner gemahnt habe oder daß ein Ausnahmsfall im Sinne des §. 1356 vorliege, nach römischem Rechte machte der Bürge dies Recht im Exceptionswege geltend (v. Stubenrauch a. a. O. zu §. 1355).

10) Dies gilt als Verzicht auf das beneficium ordinis (v. Stubenrauch a. a. O. zu §. 1357).

11) Das beneficium excussionis kommt nach öftr. Rechte dem Bürgen nicht mehr an und für sich zu, wohl aber kann er sich dasselbe ausbedingen. Ein solcher Vorbehalt liegt in der Erklärung, nur dann verpflichtet sein zu wollen, wenn der Hauptschuldner zu zahlen unvermögend ist (§. 1356), „da ein solches Unvermögen nicht eher erhellet, als wenn die Execution fruchtlos gegen den Schuldner geführt wurde" (v. Stubenrauch a. a. O. zu §. 1356).

12) Ung. H. G. §. 270 Abs. 3; bosn. §. 293 Abs. 2.

13) R. O. H. G. V. S. 367, IX. S. 173, XIII. S. 108, 109; Dernburg, Preuß. Pr. R. II. §. 241 Note 23; Behrend, H. R. §. 28 Zusatz (Bd. I S. 135); Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 256; v. Hahn, Comm. II. §. 8 zu Art. 281.

14) v. Hahn, Comm. II. §. 8 zu Art. 281; Regelsberger a. a. O.; R. O. H. G. II. S. 43 ff.; IX. S. 172 ff.; R. G. I. S. 24 ff.; vgl. XXIX. S. 20 ff.; Oestr. Obst. G. H. in Seuffert's Arch. XXXVI. Nr. 217; vgl. Hauser im Centralorgan N. F. IV. S. 342 ff.; Wengler H. G. B., Erläuterung zu Art. 281; Voigtel in Busch's Arch. VIII. S. 420 ff. [II. S. 44.

15) v. Hahn a. a. O.; R. O. H. G.

16) Anders Staub, Comm. §. 2 zu

Verbürgung für eine aus einem Handelsgeschäfte hervorgegangene Hauptschuld nicht schon infolge ihrer accessorischen Natur Handelsgeschäft; das Gesetz unterscheidet ausdrücklich die oben erwähnten zwei Fälle: 1. Verbürgung für eine aus einem Handelsgeschäfte des Hauptschuldners hervorgegangene Hauptschuld, und 2. Bürgschaft, die selbst Handelsgeschäft ist, woraus hervorgeht, daß in ersterem Falle die Bürgschaft nicht Handelsgeschäft sein muß. Das H. G. B. geht jedoch in Art. 281 noch weiter als der obcit. §. 1355 a. b. G. B. Das Handelsgesetzbuch verlangt nicht einmal eine Einmahnung des Hauptschuldners.[17]) Es ist zulässig, daß die Strenge der Handelsbürgschaft durch Vertrag gemildert werde[18]), in welchem Falle aber doch der obcit. §. 1356 a. b. G. B. eine Grenze zieht. Auch kann die Bürgschaft zeitlich beschränkt sein (§. 1363 a. b. G. B.). Im Uebrigen gelten auch für die Handelsbürgschaft die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.[19])

Begriffsmäßig können die Bestimmungen des Art. 281 H. G. B. auf die sog. Schadlosbürgschaft[20]) keine Anwendung finden.[21])

III. Besondere Arten der Bürgschaft im Handelsverkehre sind das Stare del credere und der Creditauftrag. Unter stare del credere[22]) wird die unentgeltliche Uebernahme der Haftung für den Schaden, welcher den Gläubiger durch die Creditgebung trifft, verstanden. Ihm liegt das Princip der römisch-rechtlichen fideiussio indemnitatis (Schadlosbürgschaft) zugrunde[23]); nur wurde dieses etwas weiter und umfassender ausgestattet. Der Schadlosbürge nach römischem Rechte haftet nur soweit als der Hauptschuldner nicht leistet, ihm stehen daher die beneficia excussionis und divisionis zu; der Delcredere-Stehende aber haftet als correaler Mit-

---

Art. 281, der annimmt, daß die Bürgschaft auf Seite des Bürgen Handelsgeschäft sein muß (vgl. R. O. H. G. V. S. 367, XX. S. 400 ff.). Das Gesetz spricht nur allgemein von der Bürgschaft, die selbst Handelsgeschäft ist, ohne zu sagen, daß sie es auf Seiten des Bürgen sein müsse, während es doch in dem ersten in diesem Artikel (281) erwähnten Falle ausdrücklich verlangt, daß die Hauptschuld, für welche gebürgt wird, auf Seiten des Hauptschuldners Handelsgeschäft sein muß.

17) Vgl. Adler-Clemens, Entsch. VII. Nr. 1277. Der Beisatz des preuß. Entw. „der Bürge kann nur verlangen, daß der Gläubiger die Aufforderung des Hauptschuldners zur Erfüllung nachweist“, wurde gestrichen (Prot. S. 500).

18) Brix, Comm. zu Art. 281.

19) Die Bürgschaft ist in Oesterreich auch, wenn sie nicht Handelsgeschäft ist, formfrei; daher enthält Art. 317 keine Neuerung dem östr. Rechte gegenüber. (Anders in Preußen.) — Auch die gemeinrechtliche Ausnahme rücksichtlich der Intercessionsfähigkeit der Frauen gilt nach östr. Rechte nicht, weßhalb Art. 6 H. G. hier nichts Neues schuf. Das in Art. 69 Z. 1 (auch so in östr. Fassung nach Ges. v. 4. April 1874) für Handelsmäkler ausgesprochene Verbot, Bürgschaft zu leisten, hat keine privatrechtliche Wirkung, denn das Geschäft bleibt dennoch giltig. Vgl. über die Bürgschaft als Handelsgeschäft Voigtel in Busch's Arch. III. S. 192 ff.

20) L. 116. Dig. V. O. 45, 1.

21) v. Hahn, Comm. II. §. 9 zu Art. 281; Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 256 S. 523; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXVII. S. 59; Staub, Comm. §. 4 zu Art. 281; R. O. H. G. X. S. 88; XIII. S. 172 ff.

22) Vgl. hiezu insbes. Grünhut, Das Recht des Commissionshandels (1879) §. 36; Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 256.

23) Grünhut a. a. O. S. 346.

schuldner des Hauptschuldners unter Ausschluß dieser beneficia. Die Delcredere-Vereinbarung ist in der Regel accessorischer Handelsbürgschaftsvertrag, jedoch mit dem Unterschiede, daß „die gewöhnliche Bürgschaftsleistung in der Regel auf Antrieb des Hauptschuldners erfolgt, der Delcredere-Vertrag meistens ohne jede Betheiligung des Schuldners", was „für den Rückgriff des Delcredere-Stehenden an den Schuldner von Erheblichkeit" ist[24]), oder auch als einfache Intercession zustande kommt.[25]) Insbesondere pflegt die Uebernahme des del credere stare durch Mandatare (Agenten)[26]), Commissionäre[27]) oder Vermittler (Mäkler) gegenüber dem Mandanten (Committenten) übernommen zu werden, indem sie diesem die Erfüllung des von ihnen geschlossenen oder vermittelten Geschäftes garantiren. Wie in jeder entgeltlichen Bürgschaft liegt auch in dem delcredere stare öconomisch eine Versicherung[28]), wenn auch nicht im Sinne des H. G. B. Art. 271 Z. 3[29]), und hiemit erschien das del-credere auch als ein Mittel, „durch welches dem Wucherverbote entgangen und für das hauptsächlich unter der Form von Depositen im Bankgeschäfte ausgeliehene Geld thatsächlich die Verzinsung gefunden werden konnte. Für die Uebernahme der Gefahr konnte eine Vergütung (pretium periculi) stipulirt werden"[30]), so insbesondere im Wechselverkehre, bei Aufträgen von Kaufleuten zur Eincassirung von Geldsummen und bei der Remittirung der eincassirten Beträge.[31])

Das Entgelt für die Delcredere-Haftung heißt Delcredere-Provision (double provision). Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart oder ortsüblich oder im Gesetze begründet sein. Gesetzlich kann eine solche unter bestimmten Voraussetzungen der Committent vom Commissionär (Art. 370) fordern. Auch die Delcredere-Haftung selbst kann unter gewissen Verhältnissen ortsüblich sein, so daß sie in Ermangelung gegentheiliger Verabredung als übernommen gilt.[32])

Der Delcredere-Vertrag kann Handelsgeschäft sein, nicht absolutes[33]), sondern accessorisches[34]), wenn ein Kaufmann ihn im Betriebe seines Handelsgeschäftes eingeht, sei es als Intercedent, oder als Forderungsberechtigter.

IV. Verbürgung in Mandatsform ist Creditauftrag (Creditmandat,

---

24) Regelsberger a. a. O. S. 523.
25) Goldschmidt, System §. 112.
26) Vgl. R. O. H. G. V. S. 351 ff.; XII. S. 152 ff.; XIX. S. 187 ff. XXII. S. 125.
27) H. G. B. Art. 370 (ung. H. G. §. 376, bosn. §. 389). — Dies ist der häufigste Fall des delcredere Stehens (vgl. insbesondere Grünhut a. a. O. §. 36; v. Hahn, Comm. II. zu Art. 370. Näheres folgt unten §. 164).
28) Grünhut a. a. O. S. 351, 352; Regelsberger a. a. O. S. 523, 524; Goldschmidt, H. R. §. 49 Note 6 und in Ztschr. f. H. R. XXIII. S. 179 ff., 181; Dernburg, Preuß. Pr. R. II. §. 232 Note 2.
29) Anders Thöl, H. R. I. §. 301 Note 3; Anschütz und v. Völderndorff, Comm. III. S. 22. — Vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 8 zu Art. 281.
30) Grünhut a. a. O. S. 347.
31) Grünhut a. a. O. S. 347.
32) Regelsberger a. a. O. S. 523.
33) Weil kein Versicherungsgeschäft im Sinne des Art. 271 Z. 3 vorliegt (s. unten §. 119).
34) S. Regelsberger a. a. O. S. 524.

Creditmachen).[35]) Durch den Creditauftrag ermächtigt Jemand einen Anderen, „einem Dritten im eigenen Namen auf Gefahr des Ermächtigenden Credit zu geben oder gegebenen Credit zu verlängern“[36]), ein bereits den Römern bekanntes Geschäft[37]), mandatum de credendo oder gegenwärtig auch mandatum qualificatum genannt.[38])

Der Creditauftrag ist Handelsgeschäft, wenn entweder das Schuldverhältniß zwischen dem Creditnehmer und Creditgeber aus einem Handelsgeschäfte stammt, oder wenn der Creditauftrag selbst Handelsgeschäft ist. Der den Creditauftrag Ertheilende haftet dem Ermächtigten, wenn und soweit dieser der Ermächtigung gemäß dem Dritten Credit oder Stundung gewährt, wie ein Bürge für die Schuld des Dritten, aber nicht aus dem Schuldverhältnisse desselben, sondern aus der Ermächtigung. Der Creditgeber hat gegen ihn die actio mandati contraria. Wenn das Schuldverhältniß zwischen dem zur Creditgebung Ermächtigten und dem Dritten aus einem Handelsgeschäfte hervorgegangen ist oder wenn der Creditauftrag selbst Handelsgeschäft ist (er kann nur accessorisches Handelsgeschäft sein), so kann ohne eine besondere Verabredung der Ermächtigende die acceptio excussionis seu ordinis nicht geltend machen, sowie das beneficium divisionis begrifflich ausgeschlossen ist. Dem Ermächtigten aber erwächst durch die Erklärung, die Ermächtigung anzunehmen, dem Ermächtigenden gegenüber keinerlei Verpflichtung[39]) und er wird insbesondere auch nicht zur Gewährung des Credites ermächtigt. Durch die Gewährung des Credites bezw. durch Abschluß des Geschäftes, mit welchem die Creditgebung verbunden ist, treten der ermächtigte Creditgeber und der Creditnehmer in das Verhältniß von Gläubiger und Schuldner, das sich des Näheren nach der Natur der Forderung des Creditgebers gegen den Creditnehmer bestimmt.

Zwischen dem die Ermächtigung zur Creditgebung Ertheilenden und dem Creditnehmer entsteht kein rechtliches Verhältniß; in dem Falle jedoch, als der Creditauftrag infolge Aufforderung des Creditnehmers erging, haftet Letzterer dem Auftraggeber, falls dieser für ihn zahlen mußte, im Regreßwege auf Ersatz dieser Zahlung nach den Grundsätzen des Mandats bezw. der negotiorum gestio.

Der Creditauftrag ist an sich nicht Handelsgeschäft, und wird es auch nicht dadurch, daß das Schuldverhältniß zwischen Creditnehmer und Creditgeber aus einem Handelsgeschäfte stammt, sondern nur dadurch,

---

35) Goldschmidt, System a. a. O.; Regelsberger a. a. O. S. 524 ff.; Thöl, H. R. I. §. 302; Stammler im civ. Arch. LXIX. S. 70 ff., 118; Endemann, H. R. §. 170; Dernburg, Preuß. Pr. R. II. §. 247; Gareis, H. R. §. 74 Nr. 2; Endemann in Zeitschr. f. H. R. IV. S. 225 ff.; Unger, Handeln auf fremde Gefahr S. 6 ff. (Separat-Abdr. aus Jhering's Jahrb. XXXIII.). [S. 524.

36) Regelsberger im Hdb. a. a. O.

37) Vgl. l. 6 §. 4, l. 10 §. 8, l. 12 §§. 13, 14, l. 21, l 56 pr., l. 59 §. 5 mand. 17. 1, l. 24, l. 71 §. 2 de fideiuss. 46. 1; Preuß. L. R. I. 14 §§. 213, 214; Sächs. bürg. Ges. B. §§. 1476 bis 1479.

38) S. Girtanner, Bürgschaft S. 60, 196, 540.

39) Die Bezeichnung „Creditermächtigung“ wäre in der Regel der vielfach nicht passenden Bezeichnung „Creditauftrag“ vorzuziehen.

daß er von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes ertheilt oder ausgeführt wird, ist daher nur accessorisches, nicht absolutes Handelsgeschäft.

§. 116.

VII. Rath und Empfehlung in Bezug auf Abschluß und Erfüllung von Handelsgeschäften.[1])

I. Rath, Auskunftertheilung und Empfehlung dienen im Handelsverkehre häufig dazu, um den Abschluß von Handelsgeschäften, mit welchen Creditgebung verbunden werden soll, zu fördern, und eventuell auch dazu, um den auf Grund des Rathes, der Auskunft oder Empfehlung Contrahirenden im Falle der Nichterfüllung seitens des Empfohlenen mehr oder weniger zu entschädigen. Die fortschreitende Ausbreitung von Handel und Verkehr bringt es mit sich, daß Kaufmann wie Nichtkaufmann nicht mehr immer imstande sind, die Creditwürdigkeit jener, mit welchen sie unter Creditgebung contrahiren wollen oder sollen, selbst zu prüfen.[2]) Und doch soll, wer ein solches Geschäft abschließen will oder soll, ehe er creditirt, prüfen, ob er das betreffende Geschäft ohne die Gefahr, daß der andere Theil die Erfüllung seiner Gegenleistung für die bereits in Empfang genommene Leistung des Creditirenden versagt, abschließen könne. Denn es soll, wie schon der Name Credit besagt, bei solchem Geschäftsabschlusse nicht blindes Risico walten[3]), sondern Vertrauen auf Erfüllungsfähigkeit des Mitcontrahenten. Hierauf beruht die Gepflogenheit der Kaufleute, einen Geschäftsfreund oder eine gut renommirte (— wenn-

---

1) Vgl. von älterer Literatur Thibaut, System des Pandectenrechtes 8. Aufl. II §. 518; Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatr. §. 559; Pöhls, Handelsrecht §. 93; Bender, Grundsätze des deutschen H. R. §. 156; v. Martens, Grundriß des H. R. S. 30; Morstadt H. R. §. 19; Gelpke in seiner Ztschr. f. H. R. I. 3. Hft. S. 55; Euler in Ztschr. f. deutsches Recht X. S. 139 ff.; Sintenis, Pract. gem. Civ. R. 3. Aufl. (1868) II. S. 574 ff. und insbes. Trummer in Busch's Arch. f. H. R. I. S. 227 ff. — Neuere Literatur: Thöl, H. R. I. §. 236, woselbst die ältere Literatur ausführlich verzeichnet erscheint, insbes. aber Rich. Ehrenberg im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Jena 1890, Bd. I unter „Auskunftswesen, kaufmännisches" (S. 983—988); Gerlach in Conrad's Jahrb. f. Nationalöconomie u. Statistik, N. F. XX. S. 129 ff. und die daselbst angeführte nationalöcon. Literatur über diese Frage; Schimmelpfeng, Zur Sicherung des Creditverkehrs (1878); dann Der Werth der geschäftsfreundlichen u. berufsmäßigen Auskunftsertheilung (1881); und Die Auskunft und ihre Gegner (1891); Otto Mayer in Schmoller's Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwaltung u. Volkswirthschaft 1882, S. 1259 ff. (über die rechtl. Lage der Auskunftsbureaux); S. Jacoby in Annalen des Deutschen Reichs 1889, S. 643 f.; v. Völderndorff in Busch's Arch. XXXV. S. 1 ff., XXXVI. S. 161 ff. (über die Haftung aus kaufmännischen Creditempfehlungen); Neustettel im Arch. f. civ. Praxis II. S. 49 ff.; Hepp ebenda XI. S. 42 ff.; Gesterding, Alte u. neue Irrthümer der Rechtsgelehrten Nr. 6 S. 183 ff. (vgl. hiezu Tewes im Arch. f. civ. Praxis II. S. 40); H. Jacoby, Die Crediterkundigung nach ihrer wirthschaftlichen und rechtlichen Seite (1891); Staub, Comm. §§. 10 ff. zu Art. 281; Endemann, H. R. §. 169; Goldschmidt, System §. 112. Vgl. auch Rosin in Gruchot's Beitr. XXI. S. 390 ff.

2) H. Jacoby, Crediterkundigung [S. 1.

3) Schimmelpfeng, Die Auskunft und ihre Gegner S. 27.

gleich ihm bisher unbekannte —) Firma um Auskunft über die Creditwürdigkeit oder Zahlungsfähigkeit des Mitcontrahenten zu ersuchen, oder sich von diesem selbst sogen. „Referenzen" geben zu lassen, d. h. Firmen, mit denen derselbe bereits früher in Verbindung gestanden, um dann bei diesen Auskunft oder Rath einzuholen. In neuerer Zeit endlich, als auch diese Art der Crediterkundigung und Auskunftertheilung (von den Nationalöconomen „geschäftsfreundliche Auskunft", von den Juristen „kaufmännische Empfehlung" genannt), den Bedürfnissen des Verkehres nicht mehr genügte, entstanden die sog. Auskunftsbureaux, welche die Crediterkundigung und Auskunftsertheilung als selbständiges Gewerbe betreiben.[4])

II. An sich sind Rath, Auskunftsertheilung oder Empfehlung keine verpflichtenden Rechtsgeschäfte, auch nicht auf Seite eines Kaufmannes (sog. kaufmännische Empfehlung) und auch dann nicht, wenn sie auf Anfrage oder auf Ersuchen geschehen.[5]) Sie begründen, sofern kein Vertragsverhältniß vorliegt, oder sofern nicht Ertheilung von Rath und Empfehlung als Beruf oder Gewerbe geschieht, nur eine Haftung für dolus.[6]) Gegen diese Haftung schützt auch nicht die Beifügung der Clausel „ohne Obligo", „ohne Präjudiz".[7])

Es kann jedoch in der Empfehlung eine wahre Intercession oder auch die Erfüllung eines Mandates liegen, so insbesondere bei gewerbsmäßiger Auskunftsertheilung durch Erkundigungs-, Nachweisungs- oder Auskunftsbureaux; in ersterem Falle haftet der Empfehlende wie ein Bürge[8]), in letzterem Falle als Mandatar, d. i. für omnis culpa (Art. 282).[9]) Von dieser weiteren Haftung befreit sich der Empfehlende durch die Beifügung der oben erwähnten Clausel „ohne Obligo", „ohne Präjudiz", jedoch nur, wenn dieser Zusatz gemacht wird, ehe ein Vertragsverhältniß zwischen dem Rathgeber oder Auskunftsertheiler einerseits und dem Rath- oder Auskunftsempfänger andererseits aus der Ertheilung des Rathes oder der Auskunft entstanden ist.[10]) Der gelegentlich um Rath Gefragte schließt seine Haftung für culpa aus, wenn er dem Rathe selbst zugleich obige Clausel

---

4) Zuerst in England u. Nordamerika. Sie tragen oft Sachfirmen, wie „Mutua Confidentia" u. ä., und übernehmen auch die Vertretung in handelsrechtlichen Angelegenheiten und die Einziehung von Forderungen moroser Schuldner.

5) Goldschmidt, System §. 112; Endemann, H. R. §. 169; Thöl, H. R. §. 236; Gareis, H. R. §. 57; Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 453 Note 3; Makower, Comm. z. H. G. B. Note 5 c zu Art. 281; H. Jacoby, Crediterkundigung S. 48, 49. Motive zum Entw. eines b. G. B. f. d. Deutsche Reich II. S. 554 und §. 604 des Entw. §. 1300 des öftr. allg. b. G. B. Anders v. Völderndorff in Busch's Arch. XXXV. S. 1 ff., der in der aus freien Stücken ertheilten Creditempfehlung eine negotiorum gestio, in der auf Wunsch des Creditgebers gegebenen Auskunft die Erfüllung eines dem Auskunftgeber vom Auskunftempfänger ertheilten Mandates erblickt; und in beiden Fällen den Empfehlenden auch für levis, sohin für omnis culpa haften läßt. (S. 4; anders S. 5.)

6) §. 1300 a. b. G. B., vgl. l. 2, §. 6 D. mand. 17, 1; l. 1, §. 14 D. de depos. 16, 3; und §. 604 Deutscher Entw. eines b. G. B.: Plenar-Entsch. R. O. H. G. XIX. S. 196 ff.; R. G. XXIII. S. 130 ff.

7) R. G. XX. S. 193.

8) S. oben S. 115.

9) Ebenso ung. H. G. §. 271; bosn. §. 294 (vgl. R. G. XIX. S. 100, 101; XXVII. S. 118 ff.).

10) Staub, Comm. §. 19 zu Art. 281.

beisetzt. Dies gilt auch dann, wenn der Befragte mit dem Rathwerber in Geschäftsverbindung steht; denn durch Beifügung des obigen Zusatzes zu seinem Rathe erklärt er, sich auf die Ausdehnung der bestehenden Geschäftsverbindung auf den concreten Fall der Rathsertheilung nur unter der Bedingung einzulassen, daß er für Versehen nicht hafte.[11]) Auskunftsbureaux müssen diese Clausel bei Publication ihrer Offerte an das Publicum verlautbaren, oder in die Geschäftsbedingungen aufnehmen.[12]) Die Haftung erstreckt sich auf den dem Anfragenden durch den Rath erwachsenen Schaden, der, wenn die Rathsertheilung auf einer Seite Handelsgeschäft ist, nach Art. 283 (s. oben §. 105) bemessen wird. Der Rathgeber haftet dem, der um Rath oder Auskunft gebeten hat; einem Dritten aber, der auf die Auskunft hin ein Geschäft gemacht hat, nur bei dolosem Rathe.[13])

Wenn der Principal (bzw. der vertretungsberechtigte offene Handelsgesellschafter[14]), der Vorstand der Actiengesellschaft, der persönlich haftende Gesellschafter einer Commandit- und Commanditactiengesellschaft, der gesetzliche Vertreter einer handlungsunfähigen Person oder eines Vereines) nicht selbst den Rath oder die Auskunft ertheilt, sondern ein Handlungsbevollmächtigter, so haftet der Principal nur bei vertragsmäßiger Rathsertheilung, wenn culpa in eligendo vorliegt, so insbesondere die Auskunftsbureaux für die von ihren Beamten ertheilten Auskünfte.[15])

III. An sich sind Rath und Empfehlung keine verpflichtenden Rechtsgeschäfte (s. oben unter II), sohin auch keine Handelsgeschäfte, doch kann sowohl der entgeltliche als unentgeltliche Rath (Empfehlung), sofern sie überhaupt verpflichtendes Rechtsgeschäft sind (s. oben unter II), als zum Betriebe des Handelsgewerbes des Rathgebers gehörig betrachtet werden (Art. 273), wofür im Zweifel die Präsumtion des Art. 274 gilt. Gewerbsmäßige Ertheilung von Rath oder Auskunft macht nicht zum Kaufmann, Inhaber eines Auskunftsbureaux sind nicht Kaufleute[16]), aber der Rath, die Auskunft, die Empfehlung eines Kaufmannes oder des Inhabers eines Auskunftsbureaux, der aus anderen Gründen Kaufmann ist, bezw. der Beamten desselben sind accessorische Handelsgeschäfte, wenn sie als im Betriebe des betreffenden Gewerbes geschehen betrachtet oder vermuthet werden können[17]), aber dann nicht, wenn es evident ist, daß sie keine Hilfsgeschäfte des betreffenden Gewerbes sind.[18])

§. 117.

VIII. Die einzelnen Handelsgeschäfte.[1])

A. Die objectiven oder absoluten Handelsgeschäfte.

1. Kauf (Anschaffung) zur Weiterveräußerung.[2])

I. Mit Recht stellt das H. G. B. den Kauf oder die anderweitige Anschaffung zum Zwecke der Weiterveräußerung als Grundgeschäft alles

11) Staub a. a. O.
12) Staub a. a. O.
13) Staub, Comm. §. 16 zu Art. 281.
14) R. G. XX. S. 190.
15) Staub, Comm. §. 17 zu Art. 281.
16) Staub, Comm. §. 12 zu Art. 281; H. Jacoby, Creditertundigung S. 99 ff.
17) Staub a. a. O.
18) Vgl. H. Jacoby a. a. O. S. 102.
1) Die folgende Darstellung hält sich

Handels an die Spitze der Handelsgeschäfte[3]); in ihm gelangen die Grundelemente des Handels, Speculation und Güterumsatz, am deutlichsten und einfachsten zum Ausdrucke. Nach der Definition des Gesetzes erscheint dieses Geschäft als „der Kauf oder die anderweitige Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Actien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräußern; es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung weiter veräußert werden sollen" (Art. 271 Z. 1)[4]). Aus dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung ergibt sich, daß sich dieses Geschäft aus zwei Acten oder Theilen zusammensetzt, deren erster dem Geschäfte den juristischen Charakter aufprägt, während es durch den zweiten Theil seine commercielle Natur erhält. Seinem juristischen Charakter nach ist das in Rede stehende Rechtsgeschäft Kauf oder ein anderes auf Eigenthumserwerb oder Usucapionsbesitz abzielendes entgeltliches Rechtsgeschäft, seinen commerciellen Inhalt erhält es erst durch die Absicht der Weiterveräußerung; Kauf (Anschaffung) und Weiterveräußerung müssen aber durch einen einheitlichen Willen zusammengehalten werden. Eine Anschaffung oder ein Kauf, welchen nicht die Absicht der Weiterveräußerung zu Grunde liegt, sind keine absoluten Handelsgeschäfte. Die Weiterveräußerung aber ist nie objectives Handelsgeschäft, sondern nur ein Theil der diesem Handelsgeschäfte zu Grunde liegenden Handelsoperation. Wer kauft, um weiter zu veräußern, thut dies in der Regel — nicht nothwendig — mit der Absicht auf Gewinn durch vortheilhafteren Verkauf, thut dies auf die Gefahr hin, daß seine Absicht scheitert, er sohin entweder gar nicht oder nur gegen Verlust verkaufen kann. In diesem Erhoffen des Gewinnes, wie in der Gefahr eventuellen Verlustes liegt das speculative Element dieses Geschäftes, während in der Weiterveräußerung der erhoffte Gewinn realisirt werden soll. Die Anschaffung ist daher das Speculationsgeschäft, die Weiterveräußerung das Realisationsgeschäft.

II. Anschaffung ist kein juristisch-technischer Ausdruck. Dem ge-

---

im Allgemeinen an das System des H. G. B. in Art. 271, 272 (s. die Aufzählung oben in §. 102). Die im Gesetze selbst näher geregelten Handelsgeschäfte (Commission, Spedition, Frachtgeschäft) kommen daher in entsprechender Folge zur Darstellung. Die accessorischen Handelsgeschäfte finden keine gesonderte Darstellung; sie sind so verschiedenartig, daß eine Darstellung der einzelnen eine Darstellung fast aller Obligationsverhältnisse wäre. Ein großer Theil von Handelsgeschäften, so insbesondere die Bankiergeschäfte, sind unter Umständen subjective Grundgeschäfte, unter Umständen nur accessorische Handelsgeschäfte. Sie finden ihre Darstellung bei den subjectiven Handelsgeschäften. Der Kauf, dessen Begriff bei Construction der auf ihm beruhenden Geschäfte aus dem Civilrechte vorausgesetzt werden kann, und der objectives, subjectives und accessorisches Handelsgeschäft sein kann, wird gesondert abgehandelt.

2) Vgl. außer den Commentaren zum H. G. B. (zu Art. 271) und den Lehr- und Handbüchern des H. R. noch Hasenöhrl, Oestr. Obl. R. I. §. 4 unter Nr. I; Rebling in Busch's Arch. XXXI. (N. F. VI.) S. 227 ff.; v. Krämel ebenda XL. (N. F. XV.) S. 102 ff. — H. G. B. Art. 271 Z. 1; ung. H. G. §. 258 Z. 1; bosn. §. 282 Z. 1.

3) Goldschmidt, H. R. I. §. 47; v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 271.

4) Ung. H. G. §. 258 Z. 1; bosn. §. 282 Z. 1.

wöhnlichen Sprachgebrauche nach bedeutet derselbe den entgeltlichen Erwerb zu Eigenthum durch ein Rechtsgeschäft.[5]) Diese Bedeutung ist dem Worte „Anschaffung" auch in Art. 271 Z. 1 beizulegen; denn indem das Gesetz Kauf und „anderweite Anschaffung" mit „oder" verbunden nebeneinanderstellt, bezeichnet es vorerst den Kauf als eine Art der Anschaffung, und charakterisirt zugleich die „anderweite Anschaffung" als ein dem Kaufe ähnliches Rechtsgeschäft, das daher gleich diesem entgeltlichen Erwerb zu Eigenthum oder Usucapionsbesitz im Gefolge haben muß, was auch durch das weitere Erforderniß, daß die Anschaffung zum Zwecke der Weiterveräußerung geschehen müsse, bestätigt wird; denn veräußern bzw. weiter veräußern kann nur, wer Eigenthümer oder (gutgläubiger) Usucapionsbesitzer ist. Der wichtigste und vorzüglichste Fall der Anschaffung ist der Kauf, den das Gesetz eben deshalb besonders hervorhebt, wobei es gleichgiltig ist, ob der Kauf für eigene oder für fremde Rechnung eingegangen wird, wenn der Käufer nur im eigenen Namen contrahirt. Außer dem Kaufe können insbesondere als Anschaffung[6]) im Sinne des Gesetzes in Betracht kommen: Tausch[7]), Annahme an Zahlungsstatt[8]), Trödelvertrag[9]) und ähnliche, sowie Erwerb durch Darlehen[10]), locatio-

5) v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 271; Goldschmidt, H. R. I. §. 47; Behrend, H. R. §. 26 Anm. 6, R. G. XX. S. 10, XXI. S. 33 ff., 36, 67; XXII. S. 128, XXIV. S. 109; XXXI. S. 18 ff.; vgl. XXVI. S. 35, 50.

6) Vgl. hiezu insbesondere v. Hahn, Comm. II. §. 4 zu Art. 271 und Goldschmidt, H. R. I. §. 47. — Zu weit nimmt den Begriff der anderweitigen Anschaffung v. Stubenrauch, Oestr. H. R. §. 144 als „andere Verträge, durch welche die Uebertragung des Eigenthums vermittelt wird", wo insbesondere das Merkmal der Entgeltlichkeit fehlt, und zu eng Brix, Comm. zu Art. 271, der darunter entgeltliche Verträge versteht, durch welche das Angeschaffte Eigenthum des Anschaffenden wird, und auch Dietrich in Busch's Arch. II. S. 15 ff.

7) Aus dem Tausche als der Urform alles Handelsverkehres (Kuntze in Ztschr. f. H. R. VI. S. 39) entstand der Kauf; auf die nahe Verwandtschaft dieser beiden Institute verweisen bereits die römischen Rechtsquellen (vgl. l. 1 pr. und §. 1 D. de contrahenda emtione 18, 1; l. 1 pr., l. 2 D. de permut. 19, 4; l. 2 Cod. de rerum permut. 4, 64; l. 4 §. 31 Dig. de doli m. exc. 44, 4). Ueber den Unterschied von Kauf und Tausch vgl. Treitschke, Kaufcontract §§. 17, 112—114. — Das sog. Barattogeschäft (von ital. barattare), auch Troquiren genannt (von französ. troquer) ist ein Naturaltausch von Waare gegen Waare, in einer weiteren Bedeutung jedoch „zwei gegenseitige Kaufverträge mit vereinbarter Compensation der Kaufpreise bis zum entsprechenden Betrage". (Thöl, H. R. I. §. 251 Note 3; vgl. R. O. H. G. V. S. 419.) — Ueber Tausch (Troquiren, Barattiren) s. Noback, Handelswissenschaft §. 122 S. 176—179.

8) Schon in den röm. Rechtsquellen wird die datio in solutum als kaufähnliches Geschäft bezeichnet: l. 4. C. de evict. 8, 45: Nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet. (Vgl. l. 24 pr. D. pign. act. 13, 7.) S. Windscheid, Pandecten II. §. 342 Anm. 14: „Der Gläubiger bezahlt mit seiner Forderung das Hingegebene." (In solutum datio quasi emtio.) — „Keine Anschaffung ist . . . . die Annahme einer Zahlung, welche der Zahlende infolge einer schon bestehenden Rechtsverbindlichkeit zu leisten hat." (Anschütz und v. Völderndorff, Comm. III. Nr. III zu Art. 271.)

9) Vgl. Chambon, Beiträge z. Obligationenrecht S. 12 f., 72; Reinhold, Trödelvertrag.

10) Bei dem Erwerb durch Darlehen „geht die Absicht der Contrahenten auf Eigenthumsverschaffung für den Empfänger, und die Restitutionspflicht des Letzteren beschränkt sich auf die Rückgabe

conductio irregularis, commodatum irregulare, depositum irregulare, pignus irregulare.[11]) Nicht aber gehört hieher 1. originärer Erwerb von Sachen durch Occupation, Fund (Jagd, Fischerei, Bergbau, Fruchtbezug, sowie überhaupt jede Selbstproduction[12]) von Sachen), 2. Erwerb durch Schenkung oder sonstige liberatorische Rechtsgeschäfte, 3. Erwerb durch Rechtsgeschäfte von Todeswegen oder durch Erbschaft, 4. Uebernahme einer Sache durch Vertrag mit der Verpflichtung auf Rückgabe der empfangenen Sache in Natur, wie Miethe, Leihvertrag (Commodat, Precarium), Depositum, Verpfändung und endlich 5. Aneignung oder Ergreifung einer Sache durch Delict. In den hier aufgezählten Fällen liegt entweder überhaupt kein Rechtsgeschäft vor wie bei der Occupation und insbesondere bei der Selbstproduction und beim Delicte, oder es fehlt eines der oben aufgestellten Erfordernisse der Anschaffung im Sinne des H. G. B., so die Entgeltlichkeit bei der Schenkung und anderen Liberalitäten und dem Erwerbe durch Todesfall, der überhaupt nicht in das Gebiet des Handels als des entgeltlichen Mobiliarverkehrs unter Lebenden fällt, bzw. der Eigenthumserwerb bei Verträgen mit Rückgabeverpflichtung der empfangenen Sache.[13])

III. Die Anschaffung muß mit der Absicht der Weiterveräußerung geschehen. Die Absicht weiter zu veräußern muß 1. im Augenblicke der Anschaffung vorhanden sein.[14]) Bloß zufällig nachträglich hinzutretende Verkaufsabsicht, z. B. weil die gekaufte Sache sich als unbrauchbar oder entbehrlich erweist, macht die Anschaffung nicht zum Handelsgeschäfte nach

---

des empfangenen Werthes in einer gleichen Quantität gleicher Sachen oder nur in Geld". (Anschütz-Völderndorff, Comm. III. Nr. III zu Art. 271.) Vgl. auch v. Völderndorff in den Blättern f. Rechtsanwendungen in Baiern XXV. S. 305 f., 323 f.

11) Bei allen diesen sog. irregulären Geschäften „fällt der Erwerb .... unter den Begriff der Anschaffung, denn der Erwerber erhält durch diese besonderen Verabredungen und Modificationen die freie Disposition über die Sache" (Anschütz-Völderndorff, Comm. III. Nr. III zu Art. 271). Vgl. Goldschmidt, H. R. §. 47, und Anschütz u. v. Völderndorff a. a. O. Note 18; L. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung; Ihering in Jahrb. f. Dogm. IV. S. 403; Leist, Mancipation S. 243 ff. (dazu Bekker, Krit. Vierteljahrschrift IX. S. 255); s. auch R. R. XXI. S. 36.

12) Bei Berathung des H. G. B. wurde ein Antrag, auch die Geschäfte des Producenten als Handelsgeschäfte zu erklären, abgelehnt (Prot. S. 517 ff., 1291 f.); vgl. hiezu außer den Handbüchern des H. R. und den Commentaren auch noch Rebling in Busch's Arch. XXXI. (N. F. VI.) S. 234; v. Kräwel ebenda XL. (N. F. XV.) S. 106, 107; Fischer in Löhr's Central-Organ f. d. deutsche H. u. W. R. N. F. I. S. 391; Lesse ebenda II. S. 11 ff.; Dernburg, Lehrb. d. preuß. Pr. R. II. S. 13, 14. Vgl. Adler-Clemens, Slg. I. Nr. 8, 25, 26, III. Nr. 307, 409, IV. Nr. 538, Erk. des Ober-Landesgerichts Wien in Busch's Arch. II. S. 227; des O. L. G. Lemberg in Gerichtshalle Nr. 1 von 1884; R. O. H. G. IX. S. 189 ff.; XI. S. 263 ff., S. 342 ff.; XIII. S. 384 ff.; XV. S. 237; XVI. S. 380; R. G. VI. S. 8. Anders O. L. G. Brünn in Gerichtshalle von 1863 S. 603 (Busch, Arch. III. S. 44 ff.); Adler-Clemens I. Nr. 6, 18, 19, 24, 62, V. Nr. 874. Erk. des Obst. G. H. Wien in Allg. Jurist. Ztg. Nr. 35 von 1881.

13) Vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 4 zu Art. 271; Goldschmidt, H. R. I. §. 47; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. unter Nr. III. zu Art. 271; Behrend, H. R. I. §. 26.

14) v. Hahn, Comm. II. §. 11 zu Art. 271.

Art. 271 Z. 1. Dagegen ist es für die Natur des Geschäftes gleichgiltig, ob die beim Kaufe bestandene Veräußerungsabsicht realisirt wird oder nicht, sei es daß der Käufer diese seine ursprüngliche Absicht infolge geänderten Entschlusses aufgibt oder daß sie wider Willen des Käufers sich nicht verwirklichen läßt, z. B. wegen eines inzwischen erlassenen Ausfuhrverbotes bei einer zum Exporte nach dem Auslande bestimmten Waare, oder weil die Sache inzwischen außer Verkehr gesetzt, zu einer res extra commercium gemacht wurde. Denn das Gesetz verlangt nur die Absicht der Weiterveräußerung — („um ... weiter zu veräußern" ist infinitivus finalis) —, nicht die Realisirung dieser Absicht. Aber die ursprünglich bei der Anschaffung bestandene Absicht der Weiterveräußerung muß eine ernste gewesen sein. Es genügt daher nicht, daß die Absicht im Stillen gehegt wird, denn diesfalls könnte der Richter im Streitfalle selbe nicht erkennen. Die Absicht muß sohin 2. äußerlich erkennbar sein und zwar insbesondere für den anderen Contrahenten. Dies wird erreicht durch eine diesbezügliche ausdrückliche Erklärung des weiterveräußernden Käufers, kann sich aber auch aus den Umständen des einzelnen Falles, — wie z. B. aus der Menge der angeschafften gleichartigen Gegenstände — ergeben. Die Absicht der Weiterveräußerung muß aber nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung des in Rede stehenden Grundhandelsgeschäftes 3. wesentlicher und unmittelbarer Zweck der Anschaffung, nicht bloß nebensächlich, accessorisch oder eventuell sein. Dafür ob dies im einzelnen Falle zutrifft, lassen sich Kriterien und Regeln nicht aufstellen. Wohl ist anzunehmen, daß, wenn zeitlich nacheinander zu erreichende Zwecke vorliegen, der zeitlich früher zu erreichende die Natur des Geschäftes bestimmt; aber es ist doch nicht ausgeschlossen, daß der zeitlich secundär zu erreichende Zweck der überwiegende Zweck des Geschäftes ist, während der zuerst zu realisirende Zweck nur secundäre Bedeutung hat. Die mit dem Kaufe verbundenen Absichten können auch in einem disjunctiven Verhältnisse zu einander stehen und sich gegenseitig ausschließen. Oder es kann endlich die Weiterveräußerungsabsicht nur auf Theile oder Bestandtheile der angeschafften Sache bzw. auf ein bestimmtes Maß der angeschafften Waare sich beziehen, während für den Rest eine andere Absicht (Selbstgebrauch oder anderweitige Verwendung, Schenkungsabsicht) besteht. Es ist sohin im einzelnen Falle Thatfrage, welche der concurrirenden Absichten die überwiegende ist.[15])

---

15) Vgl. hiezu insbesondere v. Hahn, Comm. II. §. 14 zu Art. 271. — v. Hahn a. a. O. führt weiter aus: „Nicht in Betracht kommt überall der Gebrauch, der von einer Sache, die lediglich zum Zwecke des Weiterverkaufs gekauft ist, während der Zeit, daß sie bei dem Käufer sich befindet, namentlich auch bei Gelegenheit der Bearbeitung oder Verarbeitung derselben gemacht wird, z. B. Benutzung eines Pferdes, welches zugeritten oder eingefahren wird (Bearbeitung). Ebensowenig kommt andererseits in Betracht der spätere Verkauf derjenigen Producte, welche bei einer zum Gebrauch oder zur Consumtion angeschafften Sache hervorgebracht werden, z. B. Production chemisch reinen Kupfers bei Gelegenheit des Telegraphirens, von Cokes u. s. w. bei der Gasfabrikation, des Düngers bei dem Mästen von Vieh. Mag auch der aus dem Verkaufe dieser Producte zu erzielende Erlös bei der Anlage der betreffenden Einrichtung ins Auge gefaßt worden sein, so wird dadurch doch der Ankauf des Vitriols, der

Mit der Absicht der Weiterveräußerung ist regelmäßig — wenn auch nicht nothwendig immer — die Absicht Gewinn zu machen verbunden; aber das absolute Handelsgeschäft des Art. 271 Z. 1 liegt auch vor, wenn die Gewinnabsicht mangelt; denn dem Gesetze ist Genüge geleistet durch die Absicht der Weiterveräußerung. Hieraus darf aber nicht gefolgert werden, daß die Gewinnabsicht bei diesem Geschäfte überhaupt irrelevant ist. Das Gesetz stellt ja den Kauf bzw. Anschaffung um weiter zu veräußern gerade deshalb als Handelsgeschäft auf, weil derartigen Käufen, bzw. Anschaffungen regelmäßig die Gewinnabsicht, die Speculation zu Grunde liegt.[16])

IV. Insbesondere ist der letzterwähnte Umstand von Bedeutung für den Begriff der Weiterveräußerung im Sinne des Art. 271 Z. 1. Die beabsichtigte Weiterveräußerung darf nämlich nicht eine solche sein, welche die Möglichkeit eines Gewinnes für den weiterveräußernden Vertragstheil von vornherein absolut ausschließt. Daher ist die Anschaffung einer Sache zum Zwecke einer Schenkung, oder zur Bestellung einer Mitgift u. ä. m. kein Handelsgeschäft. Eben dies ergibt sich, wenn erwogen wird, daß das Veräußern im Art. 271 Z. 1 dem Anschaffen (Kaufen) entspricht, daher in derselben Beschränkung wie dieses aufzufassen ist[17]); denn weiterveräußern kann nur der, an den die weiter zu veräußernde Sache durch Veräußerung gelangt war. Da nun aber das Gesetz, wie oben ausgeführt wurde, unter Anschaffung nur den Kauf oder ein dem Kaufe ähnliches entgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden zum Zwecke des Eigenthumserwerbes versteht, so kann auch unter Weiterveräußerung hier nichts Anderes gemeint sein als ein Verkauf oder ein dem Verkaufe ähnliches entgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden, wie Tausch, Hingabe an Zahlungsstatt u. ä. m. (daher nicht Schenkung, Vermiethung, Verpfändung). Nur die Absicht das Weiterveräußerungsgeschäft abzuschließen ist erforderlich, nicht aber versteht das Gesetz unter „veräußern" hier die Erfüllung des Veräußerungsgeschäftes[18]); denn die Speculation besteht hier nicht darin, daß eine Sache gekauft oder angeschafft werde, um ein rücksichtlich derselben bereits vorher eingegangenes Veräußerungsgeschäft (Verkauf) zu erfüllen (— denn dann läge ein Lieferungskauf im Sinne des Art. 271 Z. 2 vor[19]) —), sondern darin, daß eine Sache gekauft oder angeschafft werde, um sie zum Gegenstand eines vortheilhaften Veräußerungsgeschäftes zu machen; und die Gefahr des Speculationskäufers liegt darin, daß er eventuell ein solches Veräußerungsgeschäft als Realisirungsgeschäft seines Speculationskaufes nicht

---

Steinkohlen, des Viehfutters nicht zum Handelsgeschäft. Dies ist selbst dann nicht der Fall, wenn ein derartiges Product einen höheren Werth hat, als das Rohmaterial. Nur auf die Beantwortung der Frage, welche Absicht beim Einkauf als überwiegend anzunehmen ist, kann die Berücksichtigung dieses Werthverhältnisses von Einfluß werden."

16) v. Hahn, Comm. II. §. 15 zu Art. 271; Behrend, H. R. §. 26; theilweise anders Goldschmidt, H. R. I. §. 47 (S. 563); Thöl, H. R. I. §. 33; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. Nr. V zu Art. 271; vgl. Winter, Ueber die Gewinnabsicht als wesentliches Merkmal des Begriffs „Handelsgeschäft" (Breslauer Diss. 1894) S. 16 ff.; Prot. S. 1289.

17) v. Hahn, Comm. II. §. 11 zu Art. 271.

18) Vgl. v. Hahn a. a. O.

19) S. unten §. 118.

oder nur unter ungünstigen Bedingungen abschließen kann. In diese Gefahr aber käme er nicht, wenn er nur ein früher eingegangenes Veräußerungsgeschäft zu erfüllen hätte, wohl aber in die Gefahr, daß er seiner Erfüllungspflicht im Veräußerungsgeschäfte nicht oder nicht gänzlich nachkommen könnte.[20])

Nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes ist es gleichgiltig, ob die Weiterveräußerung der gekauften oder angeschafften Gegenstände in Natur oder nach Bearbeitung oder Verarbeitung geschieht; nur müssen eben die angeschafften Gegenstände selbst — bearbeitet oder verarbeitet — veräußert werden, und es dürfen dieselben nicht etwa in dem verkauften Gegenstande aufgehen oder durch Verbindung mit demselben ihre selbständige Existenz verlieren; denn diesfalls würden nicht die angeschafften Gegenstände, sondern die Sache, in der sie aufgingen oder mit der sie unter Verlust ihrer eigenen Selbständigkeit als Zuthaten, Nebensachen verbunden wurden, veräußert.[21]) Es ist daher im concreten Falle stets zu untersuchen, ob die verkaufte Sache mit der angeschafften, bearbeiteten oder verarbeiteten Sache noch identisch ist. Zweifellos ist diese Identität des Gegenstandes vorhanden bei Anschaffungen von Rohstoffen oder Halbfabrikaten (Materialien), um die daraus hergestellten Produkte oder Fabrikate weiter zu veräußern[21a]), wobei es gleichgiltig ist, ob die Bearbeitung oder Verarbeitung durch Menschenhand oder Maschine, durch den Erwerber selbst oder für dessen Rechnung durch einen Dritten, fabriksmäßig oder handwerksmäßig geschieht. Keine Bearbeitung oder Verarbeitung ist die Verwendung der angeschafften Sachen (Samen, Thier) zur Fruchterzeugung, „weil die Arbeit hier wesentlich nur in richtiger Leitung und Verwendung der Naturerzeugungskraft besteht.“[22])

V. Gegenstand dieses Geschäftes können nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nur sein: Waaren, andere bewegliche Sachen, Staatspapiere, Actien oder andere für den Handelsverkehr bestimmte Werthpapiere. Hiernach kann jede bewegliche körperliche in Verkehr stehende Sache Gegenstand dieses Geschäftes sein. Es sind daher ausgeschlossen unbewegliche Sachen. Diese können überhaupt nicht Gegenstand von Handelsgeschäften im Sinne des H. G. B. sein (Art. 275; s. oben §. 104). Aber auch die Anschaffung beweglicher Sachen ist nur dann Handelsgeschäft, wenn diese auch als bewegliche Sachen, sei es in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiterveräußert werden sollen, nicht aber wenn diese Mobilien vor ihrer Weiterveräußerung zu Immobilien verarbeitet werden, wie z. B. beim Kauf von Baumaterialen, um das aus diesen erbaute Haus weiter zu veräußern, in welchem Falle kein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271 Z. 1 vorliegt.[23])

20) S. unten §. 118 den Begriff des ungedeckten Lieferungsgeschäftes.

21) Vgl. hiezu insbes. v. Hahn, Comm. II. §. 16 zu Art. 271; über die sog. Immobilisirungsgeschäfte s. oben §. 104. Vgl. Adler-Clemens IX. Nr. 1575, 1689.

21a) Vgl. Adler-Clemens VII. Nr. 1116, 1259, 1263; u. Erk. d. obst. G. H. in Oest. Allg. G. Z. Nr. 17 v. 1894.

22) Goldschmidt, H. R. II. §. 47 S. 568, 569; vgl. v. Hahn a. a. O.

23) S. oben §. 104.

VI. Der hier erörterte Kauf oder die Anschaffung zur Weiterveräußerung ist aber nur für den weiterveräußernden Käufer absolutes Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271 Z. 1, für den anderen Contrahenten kann das betreffende Geschäft entweder absolutes Handelsgeschäft auf Grund des Art. 271 Z. 2 (Lieferungskauf, Speculationsverkauf), oder accessorisches Handelsgeschäft nach Art. 273 bzw. 274 sein.

§. 118.

2. Lieferungsübernahme.[1])

I. Das Lieferungsgeschäft hat dieselbe Handelsoperation wie der oben (§. 117) dargestellte Speculationskauf zum Inhalte, jedoch in umgekehrter Reihenfolge ihrer beiden Glieder.[2]) Nach der Definition des Gesetzes (Art. 271 Z. 2) erscheint das Lieferungsgeschäft als die Uebernahme einer Lieferung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Actien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, welche der Uebernehmer zu diesem Zwecke anschafft. Bei diesem Geschäfte liegt die Speculation auf Seite des Uebernehmers der Lieferung, welcher zu liefern verspricht in der Hoffnung, die zu liefernden Gegenstände mit Vortheil, d. i. in diesem Falle billiger anzuschaffen. Die Gefahr liegt für den die Lieferung Versprechenden darin, daß er eventuell das Lieferungsobject gar nicht oder nur gegen höheren als den Lieferungspreis erhält. Während beim Speculationskaufe die Anschaffung das Speculationsgeschäft, die Weiterveräußerung das Realisationsgeschäft ist, erscheint hier die Uebernahme der Lieferung als Speculationsgeschäft, die Anschaffung als das Realisationsgeschäft, in welchem der beim Eingehen des Lieferungsversprechens von der Anschaffung erhoffte Gewinn realisirt werden soll.

II. Lieferung ist Uebergabe einer Sache zur Erfüllung einer Verpflichtung, insbesondere behufs Uebertragung des Eigenthums[3]); Uebernahme einer Lieferung ist daher Abschluß eines Geschäftes, durch welches der eine Contrahent, der Uebernehmer der Lieferung, sich verpflichtet, dem anderen Theile eine bestimmte Sache zu übergeben, bzw. speciell zu Eigenthum zu übergeben; und zwar wenn dies Geschäft Handels-

1) Vgl. außer den Lehr- u. Handb. des H. R. u. den Comm. z. H. G. B. noch G. Wendt, die Tragweite der Bestimmung des a. d. H. G. B., daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sind (Doctordiss. Breslau 1882) S. 36 u. ff.; Hasenöhrl, Oestr. Obl. R. I. S. 26 u. ff. — H. G. B. Art. 271 Z. 2; ung. H. G. §. 258 Z. 2; bosn. §. 282 Z. 2.

2) Goldschmidt, H. R. I. §. 48 pr.; v. Hahn, Comm. II. §. 18 zu Art. 271.

3) v. Hahn, Comm. II. §. 18 zu Art. 271. In demselben Sinne wird das Wort „Liefern" im östr. Anf. Ges. §. 4 gebraucht, jedoch ohne Aufnahme der Merkmale des Handelsgeschäftes, und mit Ausschluß von Kauf- und Tauschgeschäftserfüllung, neben welchen das Lieferungsgeschäft des §. 4 Anf. Ges. angeführt wird (Uranitsch in östr. Ger. Ztg. Nr. 50 von 1885); anders Gertscher, Ger. Ztg. Nr. 39 v. 1884, der das Lieferungsgeschäft des Anf. Ges. als Vertrag im Sinne des Art. 338 H. G. B. nimmt, und bei Steinbach, Comm. z. Anf. Ges. S. 48, der es als Kauf oder Vertrag nach Art. 338 H. G. B. auffaßt. Auch als Handelsgeschäft ist das Lieferungsgeschäft bei Vorhandensein der Voraussetzungen des Anf. Ges. nach §§. 3 u. 4 dieses Gesetzes anfechtbar.

geschäft sein soll, gegen Entgelt. Es ist sohin im Art. 271 Z. 2 unter Uebernahme einer Lieferung nichts Anderes verstanden als Abschluß eines entgeltlichen Veräußerungsgeschäftes zum Zwecke der Eigenthumsübertragung, nicht aber zu bloßer Gebrauchs- oder Besitzüberlassung (wie Vermiethung, Verpfändung).

III. Unter Anschaffung ist hier dasselbe zu verstehen, wie beim Speculationskaufe (s. oben §. 117), d. i. ein entgeltliches auf Eigenthumserwerb gerichtetes Rechtsgeschäft; denn es ist wohl nicht anzunehmen, daß das Gesetz dasselbe Wort in einem und demselben Artikel in zwei verschiedenen Bedeutungen gebraucht. Es kann daher hier auf das oben Gesagte (§. 117) verwiesen werden.

IV. Die Anschaffung muß zum Zwecke der bestimmten übernommenen Lieferung geschehen. Die Uebernahme der Lieferung muß der Anschaffung vorausgehen; beide Geschäfte aber müssen durch einen einheitlichen Willen zusammengehalten werden, d. h. der die Lieferung übernehmende Contrahent muß schon zur Zeit der Uebernahme der Lieferung die Anschaffung zu diesem Zwecke, wie das Gesetz sagt, d. h. zu dieser Lieferung wollen, und zwar für den anderen Vertragstheil erkennbar und in erster Linie, nicht nur nebenbei, zufällig wollen. Nicht aber darf die Anschaffung der Lieferung vorausgehen; denn diesfalls würde angeschafft, um zu liefern, d. i. zu veräußern, wodurch unter Umständen das früher erörterte Handelsgeschäft, der Speculationskauf, gesetzt wäre (Art. 271 Z. 1), gleichviel ob der Lieferant zur Zeit der Anschaffung bereits diese Lieferung beabsichtigt hatte, oder nur im Allgemeinen die Absicht hatte, diese Sachen zum Gegenstand von Lieferungsgeschäften überhaupt zu machen. Wäre der zu liefernde Gegenstand oder das zu dessen Herstellung erforderliche Material zur Zeit der Uebernahme der Lieferung von dem Lieferanten ohne irgend eine Lieferungsabsicht bereits angeschafft gewesen, so könnte der Abschluß des Lieferungsvertrages überhaupt nur ein subjectives oder accessorisches, nie ein objectives Handelsgeschäft sein. Auch die Worte der gesetzlichen Begriffsbestimmung in Art. 271 Z. 2, daß der Uebernehmer der Lieferung die zu liefernden Gegenstände „zu diesem Zwecke" anschaffen soll, können, wollte man nicht diese gesetzliche Bestimmung mit dem dem H. G. B. zu Grunde gelegten Principe, Realisirungsgeschäfte nicht unter die objectiven Handelsgeschäfte aufzunehmen — denn dies würde bei solcher Auffassung geschehen — in Widerspruch bringen, keinen anderen Sinn haben, als daß bei der Uebernahme der Lieferung beabsichtigt sein muß, die zu liefernden Gegenstände nachträglich anzuschaffen; und gerade in dem noch ungedeckten Lieferungsversprechen (Lieferung à découvert, Verkauf in bianco) liegt, wie oben erörtert wurde (s. oben unter I.), das speculative Moment dieses Geschäftes. Indem das Gesetz vorschreibt, daß die Anschaffung zum Zwecke der Erfüllung des abgeschlossenen Lieferungsgeschäftes erfolgen soll, verlangt es nur, daß die Absicht der Anschaffung zu diesem Zwecke im Augenblicke des Abschlusses des Lieferungsvertrages ernstlich und erkennbar vorlag; an der rechtlichen Natur des abgeschlossenen Lieferungsgeschäftes aber ändert es nichts, wenn die beabsichtigte Anschaffung unterbleibt, weil z. B. der Lieferant wider

Erwarten aus eigenen Vorräthen liefern kann.[4]) Auch macht es keinen Unterschied, ob die zu liefernden Sachen so, wie sie zu liefern sind, angeschafft werden oder ob sie vor ihrer Lieferung bearbeitet oder verarbeitet werden sollen. Auch die dem Lieferungsgeschäft zu Grunde liegende Absicht ist in der Regel Gewinnabsicht, muß es aber nicht sein.[5])

V. Aus dem Wortlaute des Art. 271 Z. 2 ergibt sich, daß alles, was Gegenstand des Speculationskaufes sein kann, auch Gegenstand des Lieferungsgeschäftes sein kann. Es darf daher hier auf das oben (§. 117) Gesagte verwiesen werden.

VI. Auch hier ist nur das Speculationsgeschäft, d. h. das Lieferungsgeschäft oder wie das Gesetz sagt, „die Uebernahme der Lieferung" absolutes Handelsgeschäft. Ob die Bestellung auch Handelsgeschäft ist, hängt von den Umständen ab. Sie kann für den Besteller, wenn er die Absicht der Weiterveräußerung hat, ein absolutes Handelsgeschäft nach Art. 271 Z. 1 sein, sie kann aber auch ein accessorisches Handelsgeschäft für diesen sein.

§. 119.

3. Uebernahme der Versicherung gegen Prämie.[1])

I. Als absolutes Handelsgeschäft führt das H. G. B. auch die Uebernahme der Versicherung gegen Prämie an (Art. 271 Z. 3). Abgesehen von den in Oesterreich nicht recipirten Bestimmungen über die Seeversicherung[2]) und über die Schadenersatzpflicht des Commissionärs oder Spediteurs, der die ihm aufgetragene Versicherung des Commissions- bzw. Speditionsgutes unterläßt, enthält das H. G. B. keinerlei Vorschrift rücksichtlich des Versicherungsgeschäftes, läßt sohin das sonstige rücksichtlich der Versicherung geltende bzw. nach dem Inkrafttreten des H. G. B. neu zur Codification gelangende Recht unberührt. Dieses ist theils privatrechtlichen, theils öffentlich-rechtlichen insbesondere socialpolitischen Inhaltes, und ist daher in Oesterreich theils in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden[3]), theils hat es in Sondergesetzen und speciellen Verordnungen seine Regelung gefunden. Die wichtigsten Quellen des Versicherungsrechtes in Oesterreich sind die staatlich genehmigten Statuten und Polizzen der Versicherungs-

4) Behrend, H. R. I. §. 26 (S. 112).

5) Behrend a. a. O.

1) Ausführliche Literaturangaben s. bei Goldschmidt, System (4. Aufl.) S. 66 ff.; vgl. außerdem daselbst §§. 158, 161a, 167; Ehrenberg in Binding's Handb. der deutschen Rechtswissenschaft XII. Bd. u. in Ihering's Jahrb. XXXIII. S. 389 ff.; Steinbach, Stellung der Versicherung im Privatr. (Jurist. Bl. Nr. 14 bis 16 v. 1883); Hecker, Zur Lehre von der rechtl. Natur der Versicherungsvertr. 1. Abtheilg. Schadenversicherungsvertr.; Weyl, Lehrb. des Reichsversicherungsrechts (1894); Vivante in Ztschr. f. H. R. XXXIX. S. 451 ff.; v. Boenigk in Ztschr. f. Staatswiss. LI. S. 68 ff. Ueber die Literatur des Versicherungsrechtes s. auch Laband in Ztschr. f. H. R. XIX S. 638 ff. — H. G. B. §. 271 Z. 3; ung. H. G. §. 258 Z. 4, §§. 453 bis 514; bosn. §. 282 Z. 4.

2) Art. 782—905.

3) §§. 1288—1292 (vgl. Pr. L. R. II. 8, 13 §§. 1934—2336). — Der Entwurf des deutschen bürg. Ges. B. schließt das Versicherungsrecht aus dem bürg. G. B. aus und weist es dem bei der in Aussicht genommenen Revision durch Bestimmungen über das Binnenversicherungsrecht zu ergänzenden H. G. B. zu (Motive zum Einf. Ges. S. 67, 149). — Das ung. H. G. (§§. 453—514) behandelt nur die Binnenversicherung.

unternehmungen. Da sohin in Oesterreich das Versicherungsrecht soweit es privatrechtlichen Inhaltes ist (denn nur darauf kommt es hier an) als ein Bestandtheil des bürgerlichen Rechtes erscheint, kann sich die folgende Darstellung auf die Erörterung der als Handelsgeschäft in Betracht kommenden Uebernahme der Versicherung gegen Prämie beschränken, wobei nur soweit auf die sonstigen privatrechtlichen Bestimmungen über den Versicherungsvertrag zurückgekommen werden soll, als dies zur Klarstellung des in Rede stehenden Handelsgeschäftes erforderlich erscheint.

II. Sowohl seinem wirthschaftlichen Zwecke als auch seiner juristischen Natur nach ist der Versicherungsvertrag eine Schadenersatzobligation, in dem Sinne, daß der eine Contrahent (Versicherer, Versicherungsgeber) es übernimmt, den anderen Vertragstheil (Versicherter, Versicherungsnehmer) gegen Entgelt (Prämie, Gegenversicherung) für einen bestimmten ihn eventuell treffenden Vermögensnachtheil schadlos zu halten, sei es durch Ersatz des Schadens oder durch Auszahlung einer vereinbarten Summe (Versicherungssumme). Seit das Versicherungsgeschäft größere Ausdehnung gewonnen hat, wird es gewerbsmäßig durch Versicherungsgesellschaften betrieben. Hiebei kann es auch vorkommen, daß die Mitglieder einer Gesellschaft sich verpflichten, den Schaden, der Einen aus ihnen treffen sollte, gemeinsam durch Beiträge nach einem schon vorher bestimmten oder durch Repartition zu ermittelnden Maße zu decken (sog. Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit). Das österreich. a. b. G. B. stellt den Versicherungsvertrag unter die gewagten Geschäfte (§. 1269).[4]) Nur einseitig vom Standpunkte des Versicherers aus kann der Versicherungsvertrag als Glücksvertrag betrachtet werden. Was aber hierbei auf Seite des Versicherers als Wagniß angesehen wird, ist das speculative Moment dieses Vertrages. Der Versicherer schafft sich bei gewerbsmäßigem Betriebe (— denn vereinzelt, wie dies das H. G. B. in Art. 271 Z. 3 voraussetzt, dürfte ein Versicherungsgeschäft kaum vorkommen —) infolge der Vielheit der von ihm abgeschlossenen Versicherungsverträge in den empfangenen Prämien einen zur durchschnittlichen Deckung des Risikos ausreichenden Fond[5]); seine Speculation aber geht dahin, daß der Vermögensnachtheil, zu dessen Deckung er sich verpflichtet, nicht eintrete und so die eingezahlten Prämien ihm verbleiben. Der Versicherungsvertrag erscheint als ein Consensualvertrag eigener Art, als ein proprium genus contractus; er kommt zustande durch den übereinstimmenden Willen der Contrahenten, deren Einer Deckung für einen Vermögensnachtheil bestimmter Art sucht, deren Anderer diese Deckung verspricht, wofür Ersterer ein Entgelt leistet. Inhaltlich setzt sich der Versicherungsvertrag aus zwei Geldleistungen der Contrahenten zusammen, und zwar bei einfacher Versicherung gegen Prämie aus einer unbedingten Leistung seitens des Versicherten und einer bedingten seitens des Versicherers; bei gegenseitiger Versicherung aus den als Prämien dienenden Beiträgen der Einzelnen zur Schaffung des Versicherungsfonds

---

4) Ebenso preuß. L. R. I. 11 §§. 527 ff., 546.

5) Goldschmidt, System §. 158 (4. Aufl. S. 250).

einerseits, und aus den jeweilig für den eingetretenen Schadensfall ausgezahlten Versicherungssummen andererseits. Die beiden Geldleistungen (Zahlung der Prämie, wie Zahlung der Versicherungssumme) setzen das Versicherungsgeschäft zusammen, wie die Leistungen von Preis und von Waare den Kauf; sie bilden den Inhalt des Versicherungsgeschäftes.

III. Verschieden von dem Inhalte des Vertrages ist sein Gegenstand. Dieser ist bei einseitigen Obligationen das zu leistende Object, bei zweiseitigen Obligationen aber das Object jener Leistung, um derentwillen überhaupt contrahirt wird, und gegenüber welchem die Leistung des anderen Contrahenten nur als Aequivalent, als Ausgleichung der Vermögensmassen erscheint. Gegenstand des Versicherungsvertrages ist daher der Schadenersatz; denn wie der Käufer um den verabredeten Preis die im Vertrage bezeichnete Waare kauft, so sichert (oder versichert) sich der Versicherte durch die Prämie den Ersatz des ihn bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses eventuell treffenden Schadens, und wie der Verkäufer sich zur Uebergabe der Waare verpflichtet, so verpflichtet sich der Versicherer zur Leistung einer dem Schaden äquivalenten oder vertragsmäßig festgesetzten Ersatzsumme. Insofern nun die Größe des zu leistenden Schadens auch Interesse genannt wird, kann, was dasselbe ist, auch das Interesse als Gegenstand des Versicherungsvertrages bezeichnet werden.[6]) In der Verpflichtung zum Schadenersatze liegt zugleich die Uebernahme der Tragung der Gefahr des Schadens d. i. der Folgen des möglichen Eintritts des den Vermögensnachtheil herbeiführenden Ereignisses, weshalb auch die Gefahr des Schadens als Gegenstand dieses Vertrages bezeichnet wird.[7]) Nicht aber ist jene Sache, deren Werth im Falle des Verlustes oder der Vernichtung oder Beschädigung ersetzt werden soll, Gegenstand des Versicherungsgeschäftes, und so auch nicht das Leben Gegenstand der Lebensversicherung. Diese Gegenstände stehen zu dem Versicherungsgeschäfte nur in entfernterer Beziehung, daher ist auch Uebernahme von Immobilienversicherung gegen Prämie absolutes Handelsgeschäft nach Art. 271 Z. 3.

In den Bezeichnungen der verschiedenen Arten der Versicherung schwankt der Sprachgebrauch, indem diese theils nach der Gefahr (Unfall-, Krankenversicherung), theils nach dem gefahrdrohenden Elemente oder Ereignisse (Feuer-, Hagel-, Seeversicherung), theils nach dem Gegenstande, dessen Werth im Vernichtungs- oder Beschädigungsfalle ersetzt werden soll (Häuser-, Grundstück-, Waaren-, Schiffsversicherung), benannt werden.

IV. Das H. G. B. bezeichnet nur die Uebernahme der Versicherung gegen Prämie als absolutes Handelsgeschäft. Ausgeschlossen ist daher die gegenseitige Versicherung.[8]) Aber auch die Versicherung gegen Prämie ist nur auf Seite des Versicherers absolutes Handelsgeschäft, nicht auch auf Seite des Versicherten, für den sie accessorisches Handelsgeschäft nach Art. 273 sein kann.

---

6) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 275.
7) Goldschmidt, H. R. I. §. 49.
8) Vgl. Laband in Ztschr. f. H. R. XXIV. S. 66 ff.; Winter, Ueber die Gewinnabsicht als wesentliches Merkmal des Begriffes „Handelsgeschäft“ (Breslauer Diss. 1894) S. 19. Vgl. Adler-Clemens V. Nr. 805, 868; VI. Nr. 962.

§. 120.

4. Der Seetransport- und der Bodmereivertrag.[1])

In Art. 271 Z. 4 zählt das H. G. B. noch einzelne dem Seerechte angehörige Geschäfte als absolute Handelsgeschäfte auf: 1. Die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See; 2. das Darlehen gegen Verbodmung. Der Seetransportvertrag ist nach dem Wortlaute des Gesetzes nur auf Seite des Transportübernehmers (Rheders) absolutes Handelsgeschäft, das Darleihen gegen Verbodmung nur auf Seite des Darlehengebers. Der Begriff des Seetransportgeschäftes bedarf keiner Erläuterung; nicht gehört dazu die bloße Vermittelung zwischen dem Transportübernehmer und dem Befrachter oder dem Reisenden, sondern nur die Verfrachtung des Schiffes — gleichviel ob des ganzen Schiffes oder eines Theiles oder bestimmten Raumes desselben oder rücksichtlich einzelner Güter (sog. Stückgüter). Das Darlehen gegen Verbodmung (Bodmereivertrag) ist ein Darlehensgeschäft, welches von dem Schiffer als solchem kraft der ihm gesetzlich ertheilten Befugnisse unter Zusicherung einer Prämie und unter Verpfändung von Schiff, Fracht und Ladung oder eines oder mehrerer dieser Gegenstände, in der Art eingegangen wird, daß der Gläubiger (Darlehensgeber) wegen seiner Ansprüche sich nur an die verpfändeten (verbodmeten) Gegenstände nach Ankunft des Schiffes am Bestimmungsorte der Reise (Verbodmungsreise) halten könne.

Diese sämmtlichen Geschäfte gehören in das Gebiet des Seerechtes, weshalb hier eine nähere Darstellung derselben unterbleibt.

§. 121.

5. Die Börsengeschäfte.[1])

I. In Oesterreich gehören zufolge §. 14 des Gesetzes vom 1. April 1875 betr. die Organisirung der Börsen R. G. Bl. Nr. 67 zu den abso=

---

1) Vgl. hiezu Goldschmidt, H. R. I. §. 50; v. Hahn, Comm. II. zu Art. 271 Nr. 4. — H. G. B. Art. 271 Z. 4; ung. H. G. §. 258 Z. 5; bos. §. 282 Z. 5.

1) Bender, Verkehr mit Staatspapieren (2. Ausg. 1830); Thöl, Der Verkehr mit Staatspapieren (1835), und H. R. I. §§. 285—294, 307; Brinckmann, H. R. §§. 89, 90; Ladenburg in Ztschr. f. H. R. III. S. 416 ff. und in Busch's Arch. XX. S. 421 ff.; Malß in Ztschr. f. H. R. IV. S. 1 ff., 568; Gad, H. R. §§. 126, 127; Gareis im Archiv f. D. W. und H. R. XVIII. S. 123 ff., in Endemann's Handb. II. §. 275 und H. R. (4. Aufl.) §§. 60, 61, 62; Grünhut in Ztschr. für das Privat= und öffentl. R. der Gegenw. II. S. 535—546, 581—613; und in Endemann's Hdb. III. §§. 277 bis 287; R. Ehrenberg, Die Fondspeculation und die Gesetzgebung (1883); Endemann, Deutsches H. R. §§. 144 bis 147; E. Jacobson, Terminhandel in Waaren (aus dem Holländischen übersetzt von F. Stapff, 1889); H. Sattler, Effectenbanken (1890); D. Kohn, Der Getreideterminhandel (1891); Bayerdörffer in Conrad's Jahrb. LVI. S. 641 ff., 840 ff.; Verhandlungen des XVI. u. XVII. Juristentages; Siegfried, Die Börse und die Börsengeschäfte (6. Aufl. von Saling's Börsenpapieren) I. 1892; Leist in Conrad's Jahrb. f. Nat.=Oec. LVI. S. 801 ff.; Eschenbach in Preuß. Jahrb. LXVIII. S. 497 ff.; Zur Börsenreform 1892; Goldschmidt, Preuß. Jahrb. LLVIII. S. 876 ff.; System (Literaturangaben auf S. 47; einzelne Geschäfte besprochen §§. 103, 104); Cosack, H. R. (4. Aufl.) §. 63; Weishut, Effectenumsatzsteuer; Munk,

luten (objectiven) Handelsgeschäften auch noch die Börsengeschäfte. Als Börsengeschäfte im Sinne dieses Gesetzes sind jene Geschäfte anzusehen, welche im öffentlichen Börsenlocale in der festgesetzten Börsenzeit über solche Verkehrsgegenstände geschlossen werden, welche an der betreffenden Börse gehandelt und notirt werden dürfen (§. 12 des cit. Ges.). Die Grundform, auf welche sich die meisten Börsengeschäfte zurückführen lassen, ist die des Kaufgeschäftes, wenngleich selbe auch bei einzelnen Geschäften nicht klar zu Tage tritt, sondern hinter anderen Geschäftsbildungen sich verbirgt. Zu absoluten Handelsgeschäften aber macht diese Geschäfte das allen gemeinsame Moment der Speculation, die allen zu Grunde liegende Gewinnabsicht. Mehr noch als auf anderen Gebieten des Handels und Verkehrs haben sich im Börsenverkehre Handels- und Verkehrssitten, Usancen herausgebildet[2]), die ein wichtiges Interpretationsmittel für die Börsengeschäfte bilden und für einzelne Börsen in besonderen Sammlungen herausgegeben sind, so für die Wiener Börse: die Bedingungen für den Handel in Effecten, Devisen und Valuten, sowie für den Escompte (Ausgabe von 1891), die Arrangementordnung v. 29. Mai 1876 für den Effectenhandel, das von der Wiener Börsekammer am 8. Mai 1886 beschlossene Regulativ für die amtliche Ausmittelung der Curse der Effecten, Devisen und Valuten, sowie jenes für die Ermittelung der Waarenpreise, ferner die allgemeinen Bedingungen für den Handel in Waaren (giltig ab 1. Juli 1891), das Reglement betreffend die Hinterlegung von Typen, Marken, Normalmustern und Proben, sodann specielle Usancen für den Handel in Baumwolle (giltig ab 1. Jänner 1892), in Fettwaaren (giltig ab 24. Juni 1889), in Gerbstoff, Häuten, Fellen und Schafwolle (giltig vom 1. Jänner 1892), in Kaffee und Gewürzen (giltig ab 1. März 1890), Leinöl, Olivenöl, Zweschken, Honig, Hopfen, Hadern und Alkalien (giltig ab 1. Jänner 1892), Petroleum, Rüböl, dann in Zucker (giltig ab 28. October 1889), Spiritus (giltig ab 24. Juni 1889), und endlich die Usancen für den Geschäftsverkehr an der Wiener Frucht- und Mehlbörse überhaupt, dann insbesondere jene für den Verkehr mit Spiritus (giltig ab 18. Mai 1889), Hopfen (giltig ab 1. Juni 1889), Pflaumen und Pflaumenmuß, dann für Heu und Stroh.

II. Die Geschäfte an der Börse, die, wie oben bereits bemerkt wurde, sich ihrem Wesen nach aus Käufen und Verkäufen zusammensetzen, vollziehen sich entweder in der Weise, daß zugleich mit dem Abschluß des Geschäftes oder doch wenigstens sofort nach Abschluß des Geschäftes auch die

---

Börsenmißbräuche (1892); Bähr, Das Börsespiel u. die Gerichtspraxis; Stall, Das Recht der Börse; Kohler, Das Börsenspiel (aus Wochenschr. f. Actienrecht u. Bankwesen), 1894; von der nichtdeutschen Literatur sei hier erwähnt: Buchère, Traité théorique et pratique des opérations de la bourse (1877); Guillard, Les operations de bourse (2. Aufl. 1877), und das kleine, aber leichtfaßliche Büchlein von S. Vainberg, Le mécanisme des opérations de bourse. (Vgl. auch Note 11 u. 36.) — Rechtsquellen: Ges. v. 1. April 1875 R. G. Bl. Nr. 67 und die oben im Texte unter I. angegebenen Quellen (s. auch Note 2 u. oben §. 106, Note 14).

2) Vgl. G. Hahn, Die Bedingungen für den Effectenhandel an den wichtigsten deutschen Fondbörsen (Berl. Diss. 1891). Die Börsebedingungen u. Usancen werden auch in Ztschr. f. H. R. mitgetheilt, jene der österreich. Börsen s. bei Geller, Justizgesetze II.

Tradition des den Gegenstand des Vertrages bildenden Objectes stattfinden muß, oder so, daß für die Tradition (Lieferung) eine Frist offen steht. In ersterem Falle liegt ein **Tagesgeschäft**, in letzterem ein **Zeitgeschäft** vor. Das Tagesgeschäft unterscheidet sich in nichts von einem anderen Kaufvertrag mit sofortiger Lieferung (Tageskauf und -verkauf). Die Tradition des Vertragsobjectes (Lieferung der Waare) hat hier sofort zu geschehen, d. i. ohne Verzug, „so schnell als es einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entspricht." [3]) Wenn, was in der Regel der Fall ist, dasselbe auch für den Käufer rücksichtlich der Zahlung des Preises gilt, so ist dies ein **Cassageschäft** (Baarkauf, Comptantgeschäft).[4]) Es kann jedoch auch das Geschäft „auf einige Tage Lieferung" geschlossen werden. Auch solche Geschäfte werden usancemäßig wie Tagesgeschäfte behandelt[5]), nur darf diese Frist keinen speculativen Charakter haben. Im Gegensatze zu den Tagesgeschäften gelten als **Zeitgeschäfte** alle jene, bei deren Abschluß **in speculativer Absicht** ein Fälligkeitstermin vereinbart wurde.[6]) Die Speculation beim Zeitgeschäfte ist seitens der beiden Contrahenten eine verschiedene: Der Käufer speculirt auf das Steigen der Preise (à la hausse) bis zum Empfangstage über den vereinbarten Preis hinaus, um eventuell am Empfangstage um höhere Preise verkaufen zu können, als er vereinbartermaßen zu zahlen hat; der Verkäufer speculirt auf das Fallen der Preise (à la baisse) bis zum Lieferungstage unter den vereinbarten Preis herab, um zum Zwecke der Lieferung zu einem niedrigeren Preise als dem vereinbarten, den er vom Käufer am Stichtage erhält, kaufen zu können.[7])

---

3) Cosack, H.R. (4. Aufl.) §. 63 S. 341.

4) Nach §. 4 lit. a der Bedingungen für den Effectenhandel an der Wiener Börse (Ausgabe 1891) sind Tagesgeschäfte (Cassengeschäfte), sofern sie an der Früh- oder Mittagsbörse abgeschlossen worden sind, an dem auf den Abschlußtag nächstfolgenden Werktage, und wenn sie an der Abendbörse oder an der Feiertagsbörse abgeschlossen wurden, am zweitfolgenden Werktage zu erfüllen.

5) Sie müssen längstens am fünften Tage nach dem Abschlußtage erfüllt werden (§. 4 lit. c der cit. Usancensammlung).

6) Wird ein solches Geschäft an einem Sonn- oder Feiertage oder an einem Werktage, der kein Börsetag ist, fällig, so gilt an der Wiener Börse usancemäßig der nächstfolgende Werktag, der zugleich Börsetag ist, als Fälligkeitstag (§. 4 lit. d der cit. Usancensammlung).

7) Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 278; „In dieser Sachlage liegt nun", wie Grünhut a. a. O. weiter bemerkt, „der Anreiz zu allerlei unlauteren Kunstgriffen, um auf den reellen, das Verhältniß von Angebot und Nachfrage wahrhaft ausdrückenden Preis ungehörigen Einfluß zu nehmen und an Stelle desselben einen fingirten Preis zu setzen (agiotage, tripotage); es verhält sich aber in dieser Beziehung bei dem Zeitgeschäfte als Börsengeschäfte nicht anders als bei jedem anderen Kauf mit beigefügtem Lieferungstermin, wenn auch die Börsenroutine die Manöver, durch welche dem einseitigen Interesse auf das Steigen oder Fallen künstlich in die Hand gearbeitet werden kann, besonders ausgebildet hat; gegen solche absichtliche Störungen des natürlichen Laufes der Curse kommen die allgemeinen Grundsätze über dolus zur Anwendung." Unter diesen Börsenmanövern ist berüchtigt das sog. étranglement oder accaparement (England: rigging the market): „Der Käufer sichert sich im Voraus den Besitz des größten Theiles einer Papiergattung; hierauf kauft er auf Zeit mehr Papiere, als nun wirklich auf dem Markte noch existiren; die Verkäufer finden dann später, wenn sie liefern sollen, ihrerseits nur schwer Jemanden, der ihnen liefern kann, müssen daher die ihnen vom Käufer auferlegten

Der Speculant à la hausse heißt haussier (Liebhaber, englisch bear), jener à la baisse heißt baissier, contremineur (englisch bull). Die Zeitgeschäfte werden je nach der Art ihres Abschlusses unterschieden in feste und in Zeitgeschäfte gegen Prämie. Feste Zeitgeschäfte (marchés fermes) sind solche, bei welchen beide Parteien an die vereinbarte Verpflichtung (Lieferung und Kaufpreis) unabänderlich gebunden sind, Zeitgeschäfte gegen Prämie (marchés à prime, marchés libres) solche, bei welchen der eine oder der andere Theil sich gegen den ungünstigen Ausgang seiner Speculation dadurch zu schützen sucht, daß er sich gegen Zahlung einer vereinbarten Geldsumme (Prämie)[8]) das Recht wahrt, im Fälligkeitszeitpunkte oder eine usancemäßige Frist vorher, oder in einem vereinbarten Zeitpunkt (Stichtag) von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten, oder den Vertrag in bestimmter Weise (nach Inhalt oder Umfang) zu ändern; er ist der Prämiengeber, der andere Contrahent der Prämiennehmer. Die Prämie ist ihrer juristischen Natur nach eine Vergütung für das gewährte Wahlrecht, und speciell in dem Falle, als sie für das ausgeübte Rücktrittsrecht gezahlt wird, Reugeld (Wandelpön); nicht aber ist sie Conventionalstrafe.[9]) Wirthschaftlich erscheint sie als eine Versicherungsprämie, indem der Prämiengeber sich gegen die nachtheiligen Folgen, gegen das Fehlschlagen seiner Speculation durch feste Begrenzung seines Risicos sichert.[10]) Je nachdem sich nun das Wahlrecht des Prämiengebers auf den eventuellen Rücktritt, oder auf die im Geschäfte einzunehmende Rolle (ob er als Käufer oder Verkäufer auftreten wolle), oder auf die zu liefernde Quantität, oder auf die Lieferungszeit bezieht, werden das einfache Prämiengeschäft, das Stellgeschäft, die Optionsgeschäfte und das Wandel- oder Escomptegeschäft unterschieden.[11]) 1. Das einfache Prämiengeschäft ist ein Zeitgeschäft, bei welchem sich der eine der beiden Contrahenten gegen Prämie das Rücktrittsrecht wahrt. Es ist ein unter einer resolutiven Potestativbedingung abgeschlossener Kaufvertrag auf Zeit.[12]) Der Prämiengeber hat hier die Wahl am vereinbarten Zeitpunkte oder, falls kein solcher Termin verabredet wurde, am Erfüllungstage das Geschäft als abgeschlossen zu betrachten oder zurückzutreten. Es kann nun vereinbart werden, daß er die Prämie für die

---

drückenden Preise bezahlen." (Grünhut a. a. O. Note 8.)

8) Daher der Name „Prämiengeschäft" (marché à prime); vgl. Vainberg, Le mécanisme des opérations de bourse S. 18: „L'expression technique prime a été transportée de la langue des Assurances dans cette de la bourse, et cela avec raison car par la prime l'acheteur devient son propre assureur."

9) Goldschmidt, Syst. (4. Aufl.) §. 103.

10) Goldschmidt a. a. O.; Grünhut in Endemann's Hdb. §. 281.

11) Vgl. insbes. Grünhut in Endemann's Hdb. §§. 278, 281 ff.; Goldschmidt a. a. O.; außerdem Thöl, Verkehr mit Staatspapieren S. 192 ff.; und H. R. I. §. 288; Gareis in Arch. f. D. W. R. u. H. R. XVIII. S. 128 u. ff.; ferner in v. Holtzendorff's Rechtslexicon unter „Prämiengeschäfte" und H. R. §. 62; Cosack, H. R. §. 63 Nr. VI.; Bielschowsky, Ueber die rechtl. Natur der Prämiengeschäfte (Diss. 1892). — Vgl. §§. 6 u. 7 der cit. Sammlung von Wiener Börsenusancen.

12) Goldschmidt a. a. O.; Grünhut im cit. Handb. §. 281; vgl. auch noch Bender, Verkehr mit Staatspapieren S. 316; Thöl, Verkehr mit Staatspap. S. 71—229; H. R. I. §. 288; Ladenburg in Ztschr. f. H. R. III. S. 424 ff.

bloße Befugniß, zwischen Erfüllung und Rücktritt zu wählen, zahlt, oder daß er sie nur im Falle des Rücktrittes oder nur im Falle des Abschlusses zahlt. Im Zweifel wird der erste Fall angenommen, daß nämlich die Prämie für das bloße Wahlrecht zwischen Rücktritt und Erfüllung gezahlt wird. Wahrt sich der Käufer in einer der erwähnten Arten das Wahlrecht, so wird die Prämie Vor- oder Lieferungsprämie, das Geschäft selbst Vorprämiengeschäft genannt, wenn aber der Verkäufer als Prämiengeber erscheint, so spricht man von einer Rückprämie (Rückprämiengeschäft).[13])

Zwei mit verschiedenen Personen in entgegengesetzter Richtung abgeschlossene einfache Prämiengeschäfte geben ein Zweiprämiengeschäft oder Doppelprämiengeschäft.[14]) Dies kann in der Weise geschehen, daß Jemand gleichzeitig an einen Zweiten verkauft und von einem Dritten kauft, und nach beiden Seiten hin sich das Rücktrittsrecht durch Prämie wahrt, oder in der Art, daß Jemand verkauft und kauft und jedem seiner beiden Mitcontrahenten gegen Prämie das Rücktrittsrecht zugesteht. In ersterem Falle kann der Prämiengeber von beiden oder auch nur von einem Vertrage zurücktreten und diese Möglichkeit gibt seiner Speculation größeren Spielraum[15]); in letzterem Falle kann der Prämiennehmer von beiden Seiten oder auch nur von einer Seite die Prämie statt der Erfüllung empfangen.[16])

2. Wahrt sich einer der beiden Contrahenten gegen Prämie das Recht, in dem abzuschließenden oder abgeschlossenen Geschäft ganz oder theilweise als Verkäufer oder Käufer aufzutreten (d. i. das Kaufobject ganz oder zum Theil zu liefern oder zu nehmen), so heißt ein solches Prämiengeschäft ein Stellgeschäft, Stellage, Schluß auf geben und nehmen, die Prämie Stellgeld, der Prämiennehmer Steller (Verkäufer der Stellage), der Prämiengeber Wähler (Käufer der Stellage).[17]) Der „Wähler" hat das Recht nach freier Wahl, welche er in einem bestimmten Zeitpunkte oder innerhalb einer bestimmten Frist erklären muß, zu verkaufen oder zu

---

13) Vgl. Goldschmidt a. a. O., Grünhut a. a. O., Cosack a. a. O.

14) S. Grünhut im cit. Hdb. III. §. 282.

15) „Die Hoffnung des Speculanten geht also darauf, daß die Differenz zwischen dem Curse, zu dem das eine und andere Geschäft abgeschlossen wurde, und dem Curse des Stichtages den Betrag der beiden Prämien übersteigen werde. In keinem Falle verliert er mehr als die beiden Prämien." Grünhut a. a. O.

16) Der Speculant hofft in diesem Falle „darauf, daß die Curse entweder ganz unverändert bleiben, so daß er beide Prämien gewinnen werde, oder daß die Curse sich um weniger ändern werden, als die Summe der von ihm bezogenen beiden Prämien beträgt, so daß er, wenn entgegen seiner Erwartung der Curs gestiegen oder gefallen ist, und der Prämiengeber die Ausführung des einen Geschäftes verlangt, in den beiden Prämien, welche er jedenfalls bezieht, nicht bloß seine Deckung, sondern auch Gewinn findet. Es ist klar, daß diese Speculation des Prämiennehmers viel gefährlicher ist, als die des Prämiengebers; denn dieser begrenzt seinen möglichen Verlust, jener aber kann, wenn er zur Ausführung eines der beiden Geschäfte verpflichtet wird, der Gefahr eines Verlustes ausgesetzt sein, gegen die er durch den Prämienbezug sehr ungenügend geschützt ist." (Grünhut a. a. O.)

17) Grünhut im cit. Hdb. §. 283. — Vgl. auch Thöl, Verkehr mit Staatspapieren §§. 45, 46; H. R. I. §. 291; Böhmer im Arch. f. civ. Praxis IX. S. 415 ff.; Gareis in Arch. f. D. W. R. u. H. R. XVIII. S. 134, 159 ff.; H. R.

kaufen, nicht aber das Recht des Rücktrittes. Da das Geschäft sohin jedesfalls erfüllt werden muß, so wird die Prämie hier in der Regel nicht gezahlt, sondern sie ist (in der Regel) im Kaufpreise enthalten. Es werden nämlich zwei verschiedene Kaufpreise vereinbart, ein höherer, zu welchem der Prämiengeber (Wähler), wenn er beziehen will, beziehen kann und ein niedrigerer, zu welchem er, wenn er liefern will, zu liefern berechtigt ist. In der halben Differenz der beiden Preise liegt die Prämie.

Mit Rücksicht auf die juristische Construction dieses Geschäftes ist zu unterscheiden, ob das Geschäft erst abzuschließen oder bereits abgeschlossen ist. In ersterem Falle liegt eine Alternativofferte (Kaufs- oder Verkaufsofferte) des Stellers mit Bedenkzeit für den Wähler vor[18]); im anderen Falle eine alternative Verbindung zweier potestativ bedingter Kaufverträge.[19]) Der Wähler kauft unter der resolutiven Potestativbedingung, späterhin (am Erklärungstage) als Verkäufer in das Geschäft einzutreten, oder er verkauft unter der resolutiven Potestativbedingung, späterhin (am Erklärungstage) als Käufer in das Geschäft eintreten zu dürfen. Das Recht zu kaufen in erstem Falle und das Recht zu verkaufen in zweitem Falle sind suspensiv bedingt. Das Stellgeld ist Rück- und Vorprämie zugleich.

Die Speculation bei diesem Geschäfte besteht für den Prämiengeber darin, daß er, wenn der vereinbarte Preis weit höher ist als der Curs am Erfüllungstage, gegen einen niedrigeren Curs liefern und sich so vor Verlust durch zu theueren Kauf schützen kann, bzw. umgekehrt nicht zu einem zu niedrigen Preise liefern muß, sondern zwar theuerer — aber doch unter dem Tagescurse — kaufen kann. Dieselben speculativen Erwägungen leiten den Steller, der in dem höheren Kaufpreise oder in dem niedrigeren Verkaufspreise des Wählers seinen Vortheil sieht.

Wird mit dem Stellgeschäfte noch ein einfaches Prämiengeschäft verbunden, d. h. hat der Prämiengeber die dreifache Wahl, entweder zu liefern oder zu kaufen oder zurückzutreten, so liegt ein zweischneidiges Prämiengeschäft vor.[20]) Das Rücktrittsrecht setzt voraus, das hier ein abgeschlossenes Geschäft, nicht eine bloße Offerte vorliegt[21]), weshalb die obige juristische Construction als Alternativofferte entfällt und die zweite oben entwickelte Rechtsfigur verbunden mit einem einfachen Prämiengeschäfte erübrigt.

3. Bezieht sich das Wahlrecht des Prämiengebers auf die zu liefernde oder zu empfangende Quantität, so liegen sogenannte Optionsgeschäfte in weiterem Sinne vor.[22]) Hierher gehören:

a) Das Noch- oder Nachgeschäft[23]), wenn der Käufer sich durch

---

§. 62; Goldschmidt, Syst. §. 103; Cosack, H. R. §. 63; vgl. §. 6 lit. d der cit. Sammlung der Wiener Börse-[usancen.

18) Grünhut a. a. O.

19) Goldschmidt a. a. O.

20) Grünhut im cit. Hdb. §. 285; die mehrcit. Wiener Usancen (§. 6 lit. b) nennen dieses Geschäft „Doppeltes Prämiengeschäft (auf Geber und Nehmer)".

21) Unger in Grünhut's Ztschr. f. d. öff. u. Privatr. der Gegenwart I. S. 365 f.; Grünhut im cit. Hdb. III. §. 284.

22) Goldschmidt a. a. O.; Grünhut im Hdb. III. §. 285; Thöl, Verkehr mit Staatspapieren §. 48; H. R. I. §. 292.

23) Vgl. Grünhut a. a. O.; Thöl,

Prämie das Recht wahrt, am Lieferungstage zu gleichem Preise d. i. Curse oder Stückpreise außer der angekauften Quantität noch eine weitere — im Vertrage bestimmte — Quantität zu verlangen. Daher der Name „Nochgeschäft", „Geschäft mit Noch". Rücksichtlich des unbedingt zu liefernden Theiles des Vertragsobjectes (der sog. festen Papiere) liegt ein unbedingtes einfaches Zeitgeschäft vor, rücksichtlich des auf eventuelles Verlangen des Käufers noch zu liefernden Quantums ein einfaches Prämiengeschäft. Der Käufer hat hier ein Recht auf Nachlieferung, es besteht neben der festen unbedingten Forderung und Verpflichtung noch eine Nachforderung und Nachverpflichtung, weshalb dieses Geschäft auch Nachgeschäft genannt wird. Auch hier wird die Prämie zumeist in dem höheren Curse (Stückpreise) für die feste Lieferung stecken, und die Speculation des Prämiengebers liegt darin, daß bis zum Erklärungstage, an welchem er zu gleichem Preise mehr verlangen kann, der Curswerth der Papiere gestiegen ist, so daß er billiger kauft, während der Prämiennehmer gewinnt, wenn der Käufer beim Sinken des Papierpreises auf die Nachlieferung verzichtet.

b) „Das Geschäft mit Ankündigung"[24]), bei welchem der Verkäufer gegen Prämie sich das Recht wahrt, zu gleichem Curse (Stückpreise) mehr liefern zu dürfen; er kündigt von vornherein eine eventuelle Mehrlieferung an. Hier liegt ein einfaches Zeitgeschäft, und rücksichtlich der Nachlieferung ein einfaches Prämiengeschäft mit Rückprämie vor. Die Prämie steckt hier in dem niedriger berechneten Curse für die feste Lieferung und die Speculation besteht auf Seite des Prämiengebers darin, durch Lieferung einer größeren Quantität Papiere eine höhere Summe als Preis zu erzielen, eventuell mehr Papiere loszubringen, während der Prämiennehmer bei nicht erfolgter Nachlieferung bei steigendem Curse gewinnt.

c) Das Geschäft „Schluß auf fest und offen".[25]) Hier ist es dem Käufer gegen Prämie gestattet weniger zu kaufen oder dem Verkäufer gestattet weniger zu liefern. Der Käufer als Prämiengeber wahrt sich das Recht, rücksichtlich eines bestimmten Theiles der Waare von der Erfüllung zurückzutreten, zahlt aber dafür das feste Quantum zu höherem Curse, während der Verkäufer als Prämiengeber berechtigt ist seine Lieferungsquantität einzuschränken, jedoch nur einen geringeren Curs dafür erhält. In der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem höheren oder niedrigeren Curswerthe liegt die Prämie des Käufers bzw. Verkäufers enthalten. Der Käufer speculirt auf das Steigen des Curses, der Verkäufer auf das Sinken des Papierpreises. Die juristische Construction dieses Geschäftes ist einfach: ein gewöhnlicher Zeitkauf rücksichtlich des „fest" gekauften oder verkauften Theiles, ein Kaufvertrag unter resolutiver Potestativbedingung bezüglich des übrigen Theiles.[26]) —

4. Das Wahlrecht des Prämiengebers kann auch die Erfüllungszeit des Geschäftes betreffen: sog. „Wandelgeschäft", Escomptegeschäft".[27]) Es

---

Verkehr mit Staatspapieren §. 49, H. R. I. §. 293; Gareis a. a. O. S. 136, 137.

24) Vgl. Grünhut a. a. O.

25) Vgl. Grünhut a. a. O.

26) Grünhut a. a. O.

27) S. insbes. Grünhut im cit. Hdb.

steht dem wahlberechtigten Contrahenten frei, jederzeit vor dem festgesetzten Erfüllungstermine die Erfüllung zu leisten bzw. zu verlangen. Hat der Verkäufer dieses Wahlrecht rücksichtlich seiner Lieferung, so wird das Geschäft „Kauf auf Ankündigung" genannt; steht das Wahlrecht dem Käufer rücksichtlich des Verlangens der Lieferung zu, so heißt dieses Geschäft „Kauf auf tägliche Lieferung". Die das Wahlrecht bezeichnende Formel in der Geschäftsbenennung heißt die „Wandelclausel". Die Speculation des Käufers liegt darin, beim Steigen der Papiere frühere Lieferung verlangen zu können, die des Verkäufers darin, beim Sinken des Papieres früher liefern zu können. Juristisch liegt hier ein unbedingter Kaufvertrag auf Zeit vor, verbunden mit einer Nebenverabredung auf Früherlegung des Erfüllungstages durch einseitige Erklärung des Prämiengebers.[28])

Es ist auch eine ganze Kette von Wandel- oder Escomptegeschäften in der Art möglich, daß der Käufer sich gegen Prämie obiges Wahlrecht wahrt, der Verkäufer aber wieder als Käufer seinem Verkäufer gegenüber sich dieses Wahlrecht wahrt u. s. w. Diesfalls kann, wenn der erste Käufer Lieferung verlangt, der erste Verkäufer von seinem Verkäufer, dieser wieder von seinem Verkäufer u. s. w. Lieferung verlangen, bis hinauf zum letzten Verkäufer, der entweder überhaupt noch nicht oder doch ohne Prämie gekauft hat. Dieser kann Niemand mehr delegiren, er muß liefern. Sind diese Geschäfte alle zu gleichen Cursen abgeschlossen, was nur sehr selten der Fall sein wird, so könnten die Verpflichtungen aller Verkäufer bis zum letzten, der erfüllen muß, durch Delegation und Compensation getilgt werden; in den meisten Fällen aber wird zu verschiedenem Curse contrahirt, so daß die unmittelbaren Contrahenten sich nur die Cursdifferenz zu vergüten haben.[29])

Wer ein Zeitgeschäft abschließt, kann sich gegen dessen eventuelle ungünstige Folgen außer durch Prämien auch noch dadurch schützen, daß er neben diesem Zeitgeschäfte noch ein zweites abschließt, das sog. Bonifications- oder Meliorationsgeschäft[30]), z. B. wenn der Käufer aus einem Lieferungskaufe auf Zeit zu einem bestimmten Curse, durch das Sinken des Curses mit Verlust bedroht, die gleiche Quantität Papier zu gesunkenem Curse kauft, so daß er, wenn der Curs nun bis zu der Höhe des Durchschnittscurses zwischen beiden Cursen steigt, weder gewinnt noch

§. 286; vgl. auch Thöl, Verkehr mit Staatspap. §. 47; Handelsrecht I. §. 294; Gareis a. a. O. S. 132 ff.; Saling, Börsenpapiere I. S. 390 d.

28) Grünhut a. a. O.; Cosack, H. R. §. 63. — Nach den Berliner Börsenbedingungen §. 12 (in Ztschr. f. H. R. XVIII. S. 509) wird dieses Geschäft mit „fix und täglich" bezeichnet, und es kommt an der Berliner Börse auch ohne Prämie vor. (Goldschmidt, Syst. a. a. O.; Grünhut a. a. O. Note 2.)

29) Siehe hiezu insbes. Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 286.

30) Die dem ersten Geschäfte zu Grunde liegende Speculation wird auch „Grundspeculation", die des zweiten „Vereinigungsspeculation" genannt und von einem sog. „vereinigten Geschäfte" gesprochen (französ. se faire une commune). — S. insbes. Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 280; vgl. Thöl, Verkehr mit Staatspapieren §. 48; H. R. §. 285; Gareis a. a. O. S. 134 ff.

verliert, aber wenn der Curs höher steigt, gewinnt, und nur wenn dieser niedriger bleibt, verliert. Wird der verschiedene Curs verschiedener Papiergattungen von gleichen Anlagewerthen an derselben Börse oder desselben Papieres an verschiedenen Börsen benutzt, um durch Kauf des einen und Verkauf des anderen Papiers bzw. Kauf an der einen und Verkauf an der anderen Börse zu gewinnen, so ist dies ein Arbitragegeschäft.[31]) Auch hier liegen zwei rechtlich von einander unabhängige Geschäfte vor; beide können Zeit- oder Cassageschäfte sein.

Durch Verbindung von Cassageschäft und Zeitgeschäft entgegengesetzten Inhaltes seitens eines Contrahenten entsteht das Report-, Prolongations- oder Kostgeschäft[32]); es ist die Verbindung von Tageseinkauf und Verkauf auf Zeit oder von Tagesverkauf (Verkauf gegen baar, Cassageschäft) und Kauf auf Zeit (Lieferungseinkauf) über dieselbe Waare meist (nicht nothwendig)[33]) zu verschiedenem Preise, hervorgegangen aus einer einheitlichen Willensentschließung des sie abschließenden Contrahenten, und beruht auf dem Gedanken, daß der Tageskauf oder Baarkauf stets zu niedrigerem Preise abgeschlossen wird als der Lieferungskauf oder Creditkauf. Die Differenz zwischen diesen Preisen heißt Report, wenn der Preis beim Zeitkauf höher ist als der beim Tageskauf, was in der Regel zutrifft; Deport aber, wenn der Preis beim Zeitkauf niedriger ist als jener beim Tageskauf. Diese Geschäfte können von einer Person mit zwei Personen abgeschlossen werden, so daß dann zwei durch einen einheitlichen Speculationswillen verbundene Geschäfte nebeneinander vorliegen (Reportgeschäft in weiterem Sinne, indirectes Reportgeschäft); sie können aber auch gleichzeitig zwischen denselben Personen abgeschlossen werden (directes Reportgeschäft). Report und Deport heißen auch Prolongationssatz (Prolongationspreis), weil das Geschäft gewöhnlich durch Verlängerung einer mit einem anderen Geschäfte begonnenen Speculation veranlaßt wird; denn im Falle der Verbindung von Tagesverkauf mit Zeitkauf, verkauft Jemand die Papiere, die er gekauft hat, aber noch nicht übernehmen oder bezahlen will, gegen baar, wodurch er sich das Geld zu der Bezahlung verschafft, um sie zu einem vereinbarten Termine wieder zurückzukaufen und zwar meist gegen höheren Preis (Report), er prolongirt daher die mit dem fäl-

---

31) Grünhut a. a. O.; Schraut, Die Lehre von den Wechselcursen; Frommer in Ztschr. f. H. R. XXXIX. S. 325 ff.

32) Vgl. Bender, Verkehr mit Staatspapieren §. 95; Thöl, Verkehr mit Staatspap. §. 11, H. R. §. 285; Ladenburg in Ztschr. f. H. R. III. S. 417 ff.; Siegfried, Die Börse u. die Börsegeschäfte (6. Aufl. von Saling's Börsenpapiere) S. 142; Bezecny in Ger. H. Nr. 72 v. 1871; Abeles ebenda Nr. 76; Frankel (Vortr. in d. Wiener jurist. Gesellsch.) in Jurist. Bl. Nr. 19 v. 1874 und Discussion hierüber (ebenda Nr. 21). Grünhut in Endemann's Hdb. §. 287; Goldschmidt, System §. 104; Gareis, H. R. §. 62 unter Nr. III; K. Adler in Ztschr. f. H. R. XXXV. S. 418 ff.; Ofner ebda. XXXVII. S. 438 ff. u. Gerichtshalle Nr. 102, 103 v. 1871; Alexander, Reportgeschäft und Prolongation mit bes. Rücksicht auf die Stempelpflicht (1891). Vgl. Wiener Börsebedingungen §. 8. Vgl. auch R. G. XXVIII. S. 25 ff.

33) Es giebt auch sog. „glatte" Kostgeschäfte mit demselben Preise der hier verbundenen Geschäfte.

ligen Kaufe begonnene Speculation. Bei der Verbindung von Tageskauf und Zeitverkauf prolongirt der Tageskäufer eine fällige Lieferung, die er noch nicht definitiv leisten will, dadurch, daß er die zu liefernden Papiere von einem Dritten kauft und sie diesem wieder auf Zeit verkauft und zwar meist zu niedrigerem Preise. In ersterem Falle verschafft sich der Speculant das Geld zur Zahlung eines fälligen Kaufpreises, in letzterem Falle die Waare zur Erfüllung einer fälligen Lieferung; in ersterem Falle gibt er die Papiere, die er noch nicht selbst übernehmen will, dem Dritten, von dem er sie wieder zurückkaufen will, gleichsam in Kost, in zweitem Falle nimmt er die Papiere in Kost (daher auch Kostgeschäft genannt). In ersterem Falle prolongirt er die Speculation in der Hoffnung auf das Steigen des etwa gesunkenen Papiers, in letzterem Falle umgekehrt. Das Ergebniß des ersteren Falles könnte auch durch ein Gelddarlehen, das des letzteren durch ein Darleihen der Papiere erreicht werden, weßhalb auch die Construction dieses Geschäftes als Darlehen versucht wurde.[34])

Zeitgeschäfte können auch in der Absicht eingegangen werden, daß nicht effectiv erfüllt, sondern nur die Differenz gezahlt werde, welche sich zu dem bestimmten Zeitpunkte zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Curswerthe ergibt. Diese Absicht ist an sich für den rechtlichen Charakter des Geschäftes unerheblich, wenn nicht vertragsmäßig das Recht auf reelle Lieferung und Abnahme ausgeschlossen ist.[35]) Es wird im einzelnen Falle zu untersuchen sein, ob diese Absicht bloß Motiv oder Vertragsbestimmung war. In letzterem Falle liegt ein reines Differenzgeschäft[36]) vor. Dieses ist nicht als Spiel oder als Wette anzusehen. Wohl kann in vereinzelten Fällen das Motiv des Geschäftes in Spiel oder Wette gelegen sein, allein keineswegs geht dies aus der diesem Geschäfte zu Grunde liegenden Vereinbarung objectiv hervor. Das Differenzgeschäft ist vielmehr ein contractus sui generis, ein gewagtes Geschäft eigener Art, ein Zeitgeschäft mit der vereinbarten Ausschließung des Rechtes auf reelle Lieferung bzw. Abnahme, sowie des Rechtes auf effective Zahlung; nur die aus dem vereinbarten Preise und dem Curswerthe am Stichtage sich ergebende Differenz ist zu zahlen. Diese Ausgleichung findet statt im Wege der Börsen-

34) So Abeles a. a. O.; vgl. Adler a. a. O., nach dessen Construction Papier und Geld dargeliehen und verpfändet sind; vgl. ferner Ofner a. a. O., der dies Geschäft als Darlehen gegen irreguläre Verpfändung construirt, aber gewohnheitsrechtliche Ausdehnung des Art. 354 ff. H. G. B. auf dasselbe annimmt.

35) R. O. H. G. XVII. S. 42.

36) Vgl. außer den in Note 1 Genannten noch Ehrmann, Rechtliche Ansichten über den vielbesprochenen Handel mit Staatspapieren (1820); Brauer in Busch's Arch. XIV. S. 343; Ladenburg ebenda S. 8 ff., XX. S. 426 ff.; Gareis, Die Börse u. die Gründungen in deutschen Zeit- und Streitfragen III. Jahrg. Heft 41 S. 15; Klagbarkeit der Differenzgeschäfte (1882); Hoppen in G. H. Nr. 51, 52 v. 1874; Lahusen, Das Differenzgeschäft (Sammlung von Vortr., herausgegeb. v. Frommel und Pfaff XII. 6; 1884); Leist, Differenzgeschäft und Differenzclausel; ferner im Arch. f. civ. Praxis LXXXIII.; und in Conrad's Jahrbuch LVI. S. 801 ff.; Wiener, Das Differenzgesch. v. Standpunkte der jetzigen Rechtsprechung (Vortrag in der Jurist. Gesellschaft zu Berlin), 1893; v. Gagern, Die Differenzgeschäfte; Kitzinger, Ueber Begriff u. Klagbarkeit der Differenzgesch. (Diss. Erlangen, 1893).

liquidation, des Börsenarrangements.[37]) Dies ist eine im Wege eines Bankhauses besorgte Liquidation aller nach den jeweiligen Börsenusancen per Arrangement abzuschließenden Geschäfte. Zum Zwecke dieser Liquidation reicht jeder Betheiligte seine Abrechnung an das Liquidationsbureau ein, das alle auf gleiche Papiere lautende Ansprüche und Verpflichtungen unter Fiction gleicher Kaufpreise scontrirt, d. i. gegenseitig aufrechnet, so daß bei der Mehrzahl der Betheiligten sich Recht und Pflicht aufheben wird, und nur bei jenen, die nicht dieselbe Quantität gekauft oder verkauft haben, eine Preisforderung oder Preisschuld bleibt. Außerdem werden die Differenzen der vereinbarten Preise und des Liquidationscurses festgesetzt, die Differenzforderungen und -schulden wieder in gleicher Weise aufgerechnet, bis schließlich einander gegenüberstehende nicht mehr compensirbare Restdifferenzforderungen und -schulden übrig bleiben, die zu bezahlen sind. Indem jeder Börsenbesucher sich den Börsenbedingungen unterwirft, so stimmt er auch der Ausgleichung der Geschäfte durch die Börsenliquidation zu, sofern diese nach den Bedingungen per Arrangement abgeschlossen werden müssen; diese Geschäfte gelten als unter der Verabredung der Zulässigkeit des Arrangement abgeschlossen.

Nach österreichischem Rechte sind Differenzgeschäfte klagbar: §. 13 des Börsengesetzes erklärt bei Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Börsengeschäften die Einwendung, daß dem Anspruche ein als Wette oder Spiel zu beurtheilendes Differenzgeschäft zu Grunde liege, für unstatthaft, während Forderungen aus Spielen und Wetten nach österreichischem bürgerlichen Rechte nicht klagbar sind (§§. 1271 und 1272 a. b. G. B.).[38])

§. 122.

B. Die subjectiven oder relativen Handelsgeschäfte.

(Grund- und Nebenhandelsgeschäfte.)

1. Fabrikmäßige Be- und Verarbeitung.[1])

I. Die gewerbsmäßig betriebene — in der Regel[2]) entgeltliche — Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für

---

37) Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 279.

38) Im deutschen Rechte bestritten; vgl. Ehrmann (a. a. O. §§. 16, 17); Bender (a. a. O. §§. 87, 89); Thöl (H. R. §. 307, Verkehr mit Staatsp. S. 157—272); Gerber, Dtsch. Priv. R. §. 179 Note 7; Stobbe, D. Pr. R. III. §. 193; Dernburg, Preuß. Pr. R. II. §. 158; Malß in Ztschr. f. H. R. IV. S. 5—8; Brauer in Busch's Arch. VIII. S. 448 ff., XV. S. 343 ff.; Ladenburg ebda. XIV. S. 8 ff., XX. S. 426 f.; Simon ebda. XLI. S. 455 ff.; Dreyer im sächs. Arch. f. b. R. u. Proc. II. S. 401 ff.; Gareis, H. R. §. 62; Börse u. Gründungen (S. 15); Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte; Grünhut im cit. Hdb. §. 279; Leist, Differenzgeschäfte; Lahusen, Differenzgeschäfte (Sammlg. v. Vortr. herausg. v. Frommel u. Pfaff XII. 6, 1884); Wiener, Das Differenzgeschäft vom Standp. der jetzigen Rechtsprechung (Vortr.), 1893.

1) Vgl. außer den Lehr- und Handbüchern des H. R. und den Comm. z. H. G. B. noch Hasenöhrl, Oestr. Obl. R. I. S. 49 ff.; Rebling in Busch's Arch. XXXI. (N. F. VI.) S. 227 ff.; v. Kräwel ebenda XL. (N. F. XV.) S. 102 ff. — H. G. B. Art. 272 Z. 1; ung. H. G. §. 259 Z. 1; bosn. §. 283 Z. 1.

2) Es ist nicht nothwendig, daß jedes einzelne Geschäft entgeltlich abgeschlossen

Andere ist nach Art. 272 Z. 1 dann subjectives Handelsgeschäft, wenn der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht[3]), d. i. nur im Falle des Großbetriebes oder des fabriksmäßigen Betriebes. Hierunter werden hauptsächlich jene Werkverdingungsgeschäfte verstanden, welche in der Arbeit gegen Lohn bestehen. Das Gesetz erwähnt allerdings das Erforderniß der Entgeltlichkeit nicht; doch liegt dies im Begriffe des Handels und des Handelsgeschäftes überhaupt (s. oben §. 1), ohne daß aber deßhalb die Vergütung immer in Geld bestehen muß.[4]) Soll der Uebernehmer nicht bloß die Bearbeitung oder Verarbeitung vornehmen, sondern auch den Stoff hiezu liefern, so liegt das Handelsgeschäft des Art. 272 Z. 1 nicht vor, ein solches Geschäft kann, wenn der Uebernehmer nicht selbst Producent des Materiales ist [— denn wenn er selbst Producent ist, so liegt überhaupt ein Handelsgeschäft nicht vor —] aus anderen Gründen Handelsgeschäft sein, als Speculationsanschaffung, oder Lieferungsübernahme (Art. 271 Z. 1, 2) oder als accessorisches Geschäft eines Handelsgewerbebetriebes (Art. 273, 274), nicht aber auf Grund des Art. 272 Z. 1. Der Uebergabe des Stoffes durch den Besteller steht jedoch der Fall gleich, wenn der Uebernehmer den Rohstoff für den Besteller anschafft, sei es in dessen Namen oder für dessen Rechnung und in eigenem Namen.[5]) Es ändert nichts an dem Charakter des Geschäftes, wenn der Uebernehmer dem Rohstoffe bei dessen Bearbeitung oder Verarbeitung andere Sachen nebensächlich hinzufügt (sog. Zuthaten[6]).

II. Rücksichtlich des Begriffes der Bearbeitung und Verarbeitung ist hier im Wesentlichen auf das oben (§. 117) Gesagte zu verweisen. Hier wie dort ist hierunter „jede absichtlich hervorgebrachte Veränderung einer Sache, um dieselbe zu einem gewissen Gebrauch geeignet oder geeigneter oder wieder geeignet zu machen" zu verstehen[7]); daher gehört nicht hieher das Schaffen eines Kunstwerkes aus gegebenem Material, wohl aber das Mästen, Aufziehen von Thieren u. ä.

III. Die Bearbeitung oder Verarbeitung muß für Andere geschehen.

---

werde, „wenn nur der Betrieb überhaupt gewerbsmäßig, also mit Absicht des Gewinnes erfolgt, so z. B. wenn in einer Fabrik ein dort angefertigter Gegenstand gratis zur Reparatur übernommen wird, oder wenn ein Bankier unentgeltlich Papiere in Depot nimmt". (Staub, Comm. §. 1 zu Art. 272; vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 272; anders Goldschmidt, H. R. I. §. 52; Behrend, H. R. I. §. 27.)

3) Ebenso ung. H. G. B. §. 258 Z. 1; bosn. H. G. §. 282 Z. 1. — Einzelne Fälle siehe in Sammlung hr. Entsch. v. Adler-Clemens: I. Nr. 5 (Lederankauf durch einen Schuhmacher?), Nr. 14 (Baumwollspinnerei), Nr. 24 (Eisenwerke), Nr. 28 (Einkauf des Bierbrauers), Nr. 44 (Gewerbsmäßiger Betrieb der propriationsrechtlichen Biererzeugung durch Gutsbesitzer?), Nr. 82 (Kaffeesiedergeschäft?), Nr. 109 (Schafwollappretur), Nr. 122 (Bierverkauf des Brauers?); II. Nr. 181 (Dampfkesselkauf der Sodawasserfabrik); III. Nr. 296 (Kleiderfabriksgeschäft), Nr. 334 (Zuckerfabrik), Nr. 410 (Unschlittverkauf des Fleischhauers), Nr. 430 (Flaschenankauf der Sodawasserfabrik). — Nicht aber ist Handelsgeschäft der Ankauf von Wein zum Zwecke der Ausübung des Wirthshausgewerbes für den Wirth (VI. Nr. 888).

4) Behrend, H. R. I. §. 27, Note 2.

5) v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 272.

6) z. B. Knöpfe, Futter (R. O. H. G. VII. S. 240).

7) v. Hahn a. a. O.

Der Besteller muß sohin dem Uebernehmer die zu be- oder verarbeitende Sache (das Materiale) übergeben, um die bearbeitetete oder verarbeitete Sache wieder zurück zu erhalten. Hierunter fällt es auch, wie oben bereits erwähnt wurde, wenn der Uebernehmer für Rechnung und im Namen des Bestellers oder zwar im eigenen Namen, aber doch für Rechnung des Bestellers die Stoffe anschafft. Wenn der Besteller das Materiale, den Stoff vom Uebernehmer kauft, ist zu untersuchen, ob thatsächlich zwei Geschäfte gewollt sind oder nicht, in letzterem Falle würde ein Handelsgeschäft nach Art. 272 Z. 1 nicht vorliegen; ein allgemeines Criterium hiefür läßt sich nicht aufstellen; es kommt auf die Umstände des einzelnen Falles an. Der Fall des Art. 272 Z. 1 liegt aber dann nicht vor, wenn die Vereinbarung der Contrahenten dahin geht, daß der Uebernehmer nicht nothwendig das ihm übergebene Materiale zu bearbeiten oder zu verarbeiten hat, sondern auch anderes Materiale an dessen Stelle verwenden kann.

IV. Nur die Uebernahme, nicht auch die Uebertragung der Bearbeitung oder Verarbeitung ist Handelsgeschäft nach Art. 272 Z. 1; letztere kann nur accessorisches Handelsgeschäft sein (Art. 273, 274).

V. Gegenstand dieses Handelsgeschäftes können nach dem ausdrücklichen Wortlaute des Art. 272 Z. 1 (auch abgesehen von Art. 275) nur bewegliche Sachen sein.[8])

§. 123.

2. Bankier- und Geldwechslergeschäfte und die sonstigen Credit- und Zahlungsgeschäfte überhaupt.

A. Begriff der Banken und ihre Geschäfte im Allgemeinen.[1])

I. Der gewerbsmäßige Vermittler des Geld- und Werthpapierverkehrs ist der Bankier (von banca = Geldtisch). Der größere Bankier, insbesondere eine Gesellschaft oder Corporation als Bankier, heißt Bank, der

8) Vgl. Pollitzer, Verhalten des H. G. B. z. Immobilienverkehr §. 14.

1) Vgl. Hübner, Die Banken (1854); Soetbeer, Deutsche Bankverfassung (1875); Goldschmidt, H. R. I. §. 53; System §. 105; R. Koch in Endemann's Hdb. II. §. 190, in Busch's Arch. XXXIII. S. 139 ff., XXXIV. S. 125 ff. und Beilagenheft z. Ztschr. f. H. R. XXIII. S. 226 ff.; Schraut, Die Organisation des Credits (1882); M. Wirth, Handb. des Bankwesens (3. Aufl. 1883); Laband, Staatsr. II. §. 75; Knies, Credit II. S. 215; Roscher, System III. §. 60 u. ff.; A. Wagner, Beitr. z. Lehre von den Banken, und in Schönberg's Hdb. der polit. Oekon. §. 104; H. Sattler, Die Effectenbanken (1890); F. Hecht, Die staatlichen und provinziellen Bodencreditinstitute in Deutschland (bisher 2 Bde., 1891); Macleod, The theory and practice of banking (4. Aufl. 1888), und Elements of banking (3. Aufl. 1878); Hankey, The principles of banking (1887); Coquelin, Le crédit et les banques (3. Aufl. 1876); Courcelle-Seneuil, Traité des opérations de banque (6. Aufl. 1876). — Geschichtliches bei: M. Voigt, Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligationen der Römer (1887); J. Merkel u. Nasse im Handwörterbuch f. Staatswiss. II. S. 40 ff.; Lotz, Geschichte und Kritik des deutschen Bankgesetzes (1888); A. Deloume, Les manieurs d'argent à Rome (1890); Rota, Storia delle banche (1874) u. die dort. Cit.; Cusumano, Storia dei banche della Sicilia. I. II. (1887/92).

kleinere wird gewöhnlich Wechsler, Geldwechsler genannt. Der Bankier vermittelt für eigene oder fremde Rechnung (als Agent, Commissionär) den Umsatz von Geld, Barren (d. i. ungemünzten Edelmetall) und Werthpapieren, Credit und Geldzahlungen.[2]) Die diesen Zwecken dienenden Rechtsgeschäfte, sowie auch sonstige von einem Bankier gewerbsmäßig betriebene Geschäfte (z. B. entgeltliche Aufbewahrung von Geld- oder Werthpapieren) heißen Bank- oder Bankiergeschäfte und theilen sich, je nach dem Zwecke, welchem sie dienen, in drei Classen: 1. Geld- und Waarenumsatzgeschäfte, 2. Creditgeschäfte, 3. Zahlungsgeschäfte. Zur ersten Classe gehören das sog. Geldwechslergeschäft, der Handel mit Gold und Silber in Barren, alle Geschäfte, die den Umsatz von Werthpapieren zum Gegenstande haben, wie Kauf und Weiterveräußerung derselben u. ähnl. Zu den Creditgeschäften gehören theils Verbürgungen für Andere, theils Creditnahme (sog. passives Bankgeschäft) so beim Depositengeschäfte, bei dem Nehmen von Geldern in laufender Rechnung, bei der Emission von eigenen Obligationen, bei der Geldentnahme gegen Pfandbriefe, bei der Ausgabe von Banknoten (Zettelgeschäft), theils Creditgewährung (sog. actives Bankgeschäft), so beim Discontogeschäft von Wechseln und anderen noch nicht fälligen unverzinslichen Papieren, bei Gewährung verzinslicher Darleihen insbesondere beim sog. Lombard- und Hypothekengeschäfte; bei der Uebernahme und Vermittelung von Anleihen. Auch die Zahlungsgeschäfte des Bankiers sind theils activen, theils passiven Charakters, entweder nimmt er Zahlungen für Dritte an (sog. Incassogeschäft) oder leistet Zahlung für Andere, z. B. im Geldverkehre als Trassat oder Acceptant. Es kann aber auch die Zahlungsannahme oder Zahlungsleistung bloß versprochen werden, z. B. im Giroverkehr durch bloßes Umschreiben (Zu- und Abschreiben) unter mehreren mit der Bank in Giroverbindung stehenden Personen. Hiemit ist aber die Thätigkeit der Banken nicht erschöpft: der Begriff der Bankiergeschäfte läßt sich nicht bestimmt abgrenzen, und wechselt mit den Anschauungen des Verkehres. Im Folgenden werden die wichtigsten Bankiergeschäfte zur Darstellung gelangen. Die hiebei in Betracht kommenden Credit- und Zahlungsgeschäfte werden ihrem ganzen Wesen nach zu erörtern sein, so daß bei jedem einzelnen Geschäfte zu untersuchen sein wird, unter welchen Modalitäten es Bankgeschäft ist.

Je nachdem nun der eine oder der andere Geschäftszweig seitens einer Bank überwiegend betrieben wird, heißt sie Depositen-, Giro-, Disconto-, Wechsel-, Leih-, Lombard-, Hypotheken-, Bodencreditbank. Alle Bankgeschäfte pflegen die Handels- und Industriebanken, die Creditanstalten zu besorgen. Man unterscheidet Privatbanken und öffentliche Banken. Für letztere gelten in erster Linie die für sie bestehenden besonderen Verordnungen und Gesetze, Privilegien und Concessionsbedingungen, und nur

2) Vgl. Goldschmidt, Syst. §. 105; R. Koch, Vorträge und Aufsätze, hauptsächlich aus dem H. u. W. R. (1892) S. 121. — §. 12 des deutschen Bankgesetzes bezeichnet es als Aufgabe der deutschen Reichsbank, „den Geldumlauf im gesammten Reichsgebiete zu regeln, die Zahlungsausgleichungen zu erleichtern und für die Nutzbarmachung verfügbaren Capitals zu sorgen“.

in Ermangelung solcher oder im concreten Falle in Ermangelung einer diesbezüglichen Bestimmung dieser Sondervorschriften, die im H. G. B. in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen (Art. 5 Abs. 2). Sie sind entweder Staatsinstitute, Landes- oder Communalanstalten, oder auch selbständige — unter staatlicher (bezw. communaler) Leitung stehende Anstalten. — Unter staatlicher Leitung stehen z. B. die österr. ung. Bank und die deutsche Reichsbank. Fähig zum Betriebe von Bankiergeschäften mit Ausnahme der Notenausgabe ist jeder, der überhaupt fähig ist, Rechtsgeschäfte abzuschließen.

Kein Bankier im Sinne des H. G. B. ist der gewöhnliche, wenn auch gewerbsmäßige Geldverleiher, der nicht zugleich fremde Capitalien entleiht; daher auch nicht der gewerbsmäßige Pfandverleiher und die „Rückkaufshändler", d. h. „Personen, welche gewerbsmäßig bewegliche Sachen ankaufen unter Gewährung des Rückkaufsrechtes (meist liegt ein verschleiertes Pfandgeschäft vor)[3]); ihre Geschäfte sind nicht Bankgeschäfte. Ebenso sind nicht Banken die öffentlichen Sparcassen, und die Pfandleihanstalten, oder die von Staaten, von Gemeinden u. s. w. zu milden Zwecken gegründeten Vorschuß- und Creditvereine, Leihhäuser. Wohl ist ihr Betrieb äußerlich jenem der Banken gleich; es fehlt jedoch das letztere charakterisirende Moment: die Gewinnabsicht.[4])

Die von Bankiers oder Banken gewerbsmäßig betriebenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte nach Art. 272 Z. 2, d. i. relative Handelsgeschäfte, sofern sie nicht schon nach Art. 271 Z. 1, 3, 4, und nach dem Börsengesetze objective Handelsgeschäfte sind. Sie können auch als Commissions- und Vermittelungsgeschäfte im Sinne des Art. 272 Z. 3 und 4 relative oder nach Art. 273 und 274 accessorische Handelsgeschäfte sein. Nur für einige Zweige dieser Geschäfte enthält das H. G. B. besondere Bestimmungen.[5])

§. 124.

B. Die einzelnen Bankgeschäfte, sowie die sonstigen Credit- und Zahlungsgeschäfte.

a) Geld- und Waarenumsatzgeschäfte.[1])

I. Den Geldumsatz vermittelt der Bankier theils durch Umtausch von Geld (sog. Geldwechslergeschäft), theils im Handel mit ungemünztem Edelmetalle (Barren) und endlich im Kauf und Wiederverkauf von Werthpapieren.

II. Das älteste aller Bankgeschäfte ist das Geldwechseln; es ist der

---

3) Goldschmidt, System §. 87.

4) Goldschmidt, H. R. I. §. 53; System §. 105.

5) Vgl. Art. 290, 291, 300 u. ff., dann Art. 337 ff., sofern es sich um Kaufgeschäfte, und Art. 360 ff., sofern es sich um Commissionsgeschäfte handelt. (Vgl. ung. H. G. §§. 284, 285, 291 ff., 336 ff., 368 ff.; bosn. §§. 304, 305, 312 ff., 352 ff., 381 ff.)

1) Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. zu Art. 272; Goldschmidt, H. R. I. §. 53; System §§. 93 u. 105; Hübner, Die Banken §. 3 (S. 36 ff.); Flesch in Ihering's Jahrb. XIX. S. 309 ff.; Riesser ebda. XX. S. 201 ff.; Kößler in Gruchot's Beitr. XXXVI. S. 556 ff.

durch Tausch oder durch Kauf und Verkauf vermittelte Umsatz verschiedener Geldsorten. Gibt der Geldwechsler entweder Währung gegen Währung, oder Nicht-Währung gegen Nicht-Währung, so ist dies ein Tauschgeschäft. Wird jedoch Währung gegen Nicht-Währung gegeben, so ist dies ein einfacher Kauf. Wird endlich auf beiden Seiten zwar Nicht-Währung geleistet, jedoch beiderseits in Währung (öst.-ung. Währung) nach dem Curse berechnet, so liegt ein doppelseitiger Kauf vor[2]); jeder kauft die Nicht-Währung des Anderen. Die Speculation des Bankiers beruht, soweit nicht etwa einfacher Tausch vorliegt, darauf, daß die ihm angebotene Münzsorte möglichst niedrig im Preise stehe, so daß er hoffen könne, sie später bei höherem Preise verkaufen zu können.[3]) Gegenwärtig ist das Geldwechslergeschäft nur mehr von geringer Bedeutung, und bildet nur mehr ein nebensächliches Geschäft der Privatbanken; und der eigentliche Geldwechsel ist nur in Ländern mit Papiervaluta von Bedeutung.[4]) Deshalb wurde auch das Geldwechslergeschäft in Art. 272 Z. 2 noch besonders hervorgehoben, „um nicht die Meinung entstehen zu lassen, als ob dasselbe überhaupt nicht oder nicht mehr zum Bankgeschäfte gehöre." [5])

III. Der Handel mit ungemünztem Edelmetalle (Barren), sowie der Handel mit Geld- und Werthpapieren besteht zumeist in Kauf und Wiederverkauf und bietet keine vom gewöhnlichem Kaufe bezw. vom Handelskaufe (s. §§. 171 ff.) abweichende juristische Besonderheiten.

IV. Die meisten der sog. Geld- und Waarenumsatzgeschäfte sind Handelsgeschäfte auf Grund des Art. 271 Z. 1 oder 2. Sofern sie es nicht schon nach Art. 271 Z. 1 oder 2 sind, werden sie es durch gewerbsmäßigen Betrieb (Art. 272 Abs. 1 Z. 2) oder durch vereinzelte Vornahme seitens eines Kaufmannes im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbe (Art. 272 Abs. 2).

§. 125.

b) Creditgeschäfte.

1. Darlehens- und Anleihegeschäfte.

α) Das Darlehen.[1])

I. Das H. G. B. setzt den civilrechtlichen Begriff des Darlehens voraus und enthält auch nur wenige das Darlehen bezw. den Vorschuß betreffende

---

2) Vgl. Goldschmidt, System §. 93.

3) Hübner a. a. O. S. 36.

4) Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. zu Art. 272.

5) Anschütz u. v. Völderndorff a. a. O.

1) Rücksichtlich der einschlägigen Literatur kann hier auf die ausführlichen Literaturangaben bei G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 427 Note 1 verwiesen werden. Hier seien nur besonders hervorgehoben: außer Cohn a. a. O. noch die Lehrb. des H. R. von Gad (§. 150), Thöl (§. 296), Endemann (§. 160), und außerdem Goldschmidt, System §. 107; für das gemeine Recht: Windscheid, Pandecten §§. 370 ff.; Brinz, Pandecten §. 296; Huschke, Die Lehre des röm. R. vom Darlehen (1882); Gruchot in seinen Beitr. z. Erl. des röm. R. XII. S. 641 ff.; XIII. S. 211 ff. und außerdem Arndts, Pandecten §§. 280 ff.; Dernburg, Pandecten II. §§. 85—89; für das deutsche

Bestimmungen (Art. 47, 93, 290, 292, 369, 374, 382, 411).[2]) Nach allgemeinem österreich. bürgerlichen Rechte versteht man unter Darlehen die vertragsmäßige Uebertragung vertretbarer[3]) Sachen seitens des Darlehengebers an den Darlehensnehmer unter der Bedingung, daß er darüber zwar willkürlich verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit eben soviel von derselben Gattung und Güte zurückstellen soll. (§. 983 a. b. G. B.) Das Darlehen ist ein kaufmännisches, wenn einer der beiden Contrahenten oder beide Kaufmannseigenschaft besitzen, und zwar ein activ-kaufmännisches, wenn der Darlehensgeber, ein passiv-kaufmännisches, wenn der Darlehensnehmer Kaufmann ist, ein beiderseitig-kaufmännisches, wenn beide Theile Kaufleute sind.[4]) Das Darlehen ist ein handelsgeschäftliches, wenn es entweder auf Seiten des Gebers oder des Nehmers den Voraussetzungen der Art. 271—274 entspricht[5]): es ist accessorisches Handelsgeschäft (Art. 273), wenn es von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes gegeben oder genommen wird[6]), wobei zu bemerken ist, daß von einem Kaufmann gezeichnete Darlehensschuldscheine als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet gelten, sofern nicht aus denselben sich das Gegentheil ergibt (Art. 274 Abs. 2)[7]); es ist auch objectives Handelsgeschäft, und zwar auf Seite des Darlehensgebers nur das

---

Recht: Stobbe, D. Pr. R.; für das preuß. Recht: Koch, Recht der Forderungen III. S. 231, 299 ff.; Förster-Eccius, Pr. R. II. §. 137; Dernburg, Pr. Pr. R. II. §§. 176—179; Storch, Der heutige, insbes. landrechtl. Darlehensvertrag (1878); außerdem für das östr. Recht: außer den Comm. z. a. b. G. B. (§§. 983 ff.) noch Krainz, System II. §. 361; v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des östr. allg. Privatrechts I. Bd. 1. Heft (enthaltend Einleitung und Darlehen); mit theilw. Berücksichtigung des H. R. Endemann in Ztschr. f. H. R. IV. S. 30 ff., 47 ff., 191 ff.; Rösler ebenda XII. S. 337 ff.; v. Völderndorff in Bl. f. Rechtsanwendung in Bayern XXV. S. 305 ff., 323 ff.; Kuntze, Inhaberpapiere S. 695 ff.; Schloßmann in Grünhut's Ztschr. IX. S. 505 ff.; Demelius in Jhering's Jahrb. III. S. 408 ff.; Unger ebenda VIII. S. 1 ff.; Kohler in Annalen der Bad. Gerichte (1875 S. 242); Ges. Abhandlgn. (1883) I. S. 26, 41, 44 ff.; Baehr, Anerkennung (2. Aufl.) S. 159 ff., 165 ff., 255 ff., 325 ff.; für die volkswirthschaftl. Natur des Darlehens vgl. Dankwardt, Nationalöconomie u. Jurisprudenz 2. Heft S. 15 ff., 31 ff.; Knies, Geld S. 72 ff.; Credit I. S. 10 ff., II. S. 7 ff. u. in Tübinger Ztschr. XVI. S. 175 ff.; Kumpf ebenda XI. S. 476 ff.

2) Ung. H. G. §§. 43, 71, 284, 281, 375, 379, 388, 413; bosn. H. G. §§. 46, 75, 304, 301, 388, 392, 401, 426.

3) Das östr. a. b. G. B. spricht in den §§. 984, 992 von verbrauchbaren statt vertretbaren Sachen. Dies entspricht dem Sprachgebrauche des a. b. G. B. (Unger, System I. §. 50; v. Schey a. a. O. §. 2).

4) G. Cohn a. a. O. S. 837.

5) S. hierüber oben §. 103.

6) Die Zugehörigkeit zum Gewerbebetriebe des Darlehensgebers oder -nehmers kann durch die Umstände ausgeschlossen sein, z. B. bei einer kleinen Vorschußleistung an einen nahen Verwandten, auch wenn beide Theile Kaufleute sind (Erk. des Kr. und Hofger. Mannheim in Busch's Arch. XIX. S. 80 ff.); vgl. R. O. H. G. I. S. 217, III. S. 367, IV. S. 49, 398, VII. S. 226, XIV. S. 282. — Anders Goldschmidt, H. R. I. §. 57 Note 29 und v. Endemann im Hdb. I. S. 84 Note 40, nach welchen das vom Kaufmann gegebene Darlehen überhaupt nicht Hilfsgeschäft sein kann, sondern stets unter Art. 272 Abs. 1 Z. 2 u. Abs. 2 fällt (s. dagegen Behrend, H. R. I. S. 134 u. Cohn a. a. O. S. 838 Note 42).

7) Ung. H. G. §. 261; bosn. §. 284.

Bodmereidarlehen (Art. 271 Z. 4; s. oben §. 120) und auf Seite des Darlehensnehmers nur, wenn eine Quantität vertretbarer Sachen in der erkennbaren Absicht der Weiterveräußerung entliehen werden (Art. 271 Z. 1).[8]) In der Regel aber ist das Darlehen nur subjectives, relatives Handelsgeschäft, insofern es Bankiergeschäft ist (Art. 272 Abs. 1 Z. 2). Bankiergeschäft aber ist das gewerbsmäßig betriebene Geben oder Nehmen von verzinslichen Darlehen; jedoch das Nehmen nur dann, wenn der Bankier nebenbei auch noch sog. active Bankgeschäfte (z. B. Lombardgeschäfte) betreibt.[9]) Für die Natur des Bankgeschäftes ist Zweck und Bestimmung des Darlehens gleichgiltig.[10])

II. Für das handelsgeschäftliche Darlehen gelten die oben erwähnten wenigen speciellen Bestimmungen des H. G. B. über Darlehen nebst den Bestimmungen des H. G. B. über Handelsgeschäfte überhaupt, insofern deren Anwendung nicht schon ihrer Natur nach ausgeschlossen ist, dann die eventuellen Handelsgebräuche und endlich das bürgerliche Recht (§§. 983 bis 1001 a. b. G. B.). Die wenigen Bestimmungen des H. G. B. über das Darlehen betreffen theils die Fähigkeit zur Aufnahme von Darlehen (Art. 47 und 369), theils die Zinsenhöhe (Art. 93, 290, 292), theils endlich die Pfandrechte (Retentionsrechte) wegen Darlehen (Art. 374, 382, 411). Rücksichtlich der Fähigkeit zur Aufnahme von Darlehen, wofür im Uebrigen selbstverständlich die Normen des Civilrechtes gelten, bestimmt das H. G. B. speciell in Art. 47, daß ein Handlungsbevollmächtigter zur Aufnahme von Darlehen nur dann ermächtigt ist, wenn ihm diese Befugniß besonders ertheilt worden ist, und in Art. 369, daß der Commissionär zur Bewilligung von Vorschüssen oder Credit nur mit Einwilligung des Committenten berechtigt ist, widrigenfalls er als auf eigene Gefahr handelnd angesehen werden kann, woran es noch besondere Bestimmungen über das Creditiren des Kaufpreises knüpft (s. unten §§. 155, 156). Art. 93 räumt dem offenen Handelsgesellschafter für vorgeschossene Gelder vom Tage des geleisteten Vorschusses an zu berechnende Zinsen ein. Art. 290 räumt dem Kaufmanne für die von ihm gewährten Darlehen oder Vorschüsse das Recht auf Zinsen ein und Art. 292 setzt fest, daß bei Darlehen, die ein Kaufmann empfängt, auch höhere als sechsprocentige Zinsen bedungen werden können (Art. 292 Abs. 2). Art. 374 räumt dem Commissionär wegen der rücksichtlich des Gutes gegebenen Darlehen und Vorschüsse und Art. 382 dem Spediteur wegen der dem Versender auf das Gut geleisteten Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute ein, sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat oder über dasselbe, insbesondere mittels Connossamenten, Lade- oder Lagerscheinen verfügen kann. Art. 411 bestimmt die Rangordnung dieser Pfandrechte des Commissionärs und Spediteurs und zwar hinter den durch die Versendung und den Transport des Gutes entstandenen Pfandrechten.[11])

---

8) S. oben §. 117.

9) Cohn a. a. O. S. 839.

10) Cohn a. a. O. S. 839.

11) Die oben in Note 3 angeführten Paragraphen des ung. u. bosn. H. G. enthalten die den hier erwähnten Vorschriften des H. G. B. analogen Bestimmungen.

III. An den hier citirten Gesetzesstellen zeigt sich, daß das H. G. B. neben dem Darlehen auch von Vorschüssen spricht.[12]) In der Regel bedeutet dies juristisch dasselbe wie Darlehen überhaupt. Im Zweifel wird diese Bedeutung vermuthet.[13]) Außerdem kann Vorschuß bedeuten das Darlehen gegen Pfand (Lombard)[14]), oder den vom Reporteur im Reportgeschäft gezahlten Kaufpreis, oder die provisorische (anticipirte) Erfüllung einer bedingten oder betagten oder zukünftigen Schuld, welche durch Compensation und nur eventuell durch Zahlung zurückgezahlt werden kann, wie z. B. der Vorschuß des Verkaufscommissionärs[15]), und endlich jede für Rechnung eines Anderen gedeckt oder ungedeckt gemachte Geldverwendung[16]), wie z. B. des Gesellschafters[17]) oder des Einkaufscommissionärs.[18]) In den obigen Fällen der vorzeitigen Erfüllung oder der Geldverwendung für Andere kann auf Rückzahlung des Vorschusses nicht mittels der Darlehensklage, sondern mit der betreffenden Geschäftsklage geklagt werden.[19])

IV. Gegenstand des Darlehens können, wie oben bereits erwähnt wurde, nur vertretbare, dem Verkehr nicht entzogene, bewegliche Sachen sein; nicht vertretbare „nur indirect durch erkennbar gewollte Substitution ihres Geldwerthes oder Erlöses.“[20]) Der gewöhnlichste Gegenstand des Darlehens ist Geld; doch können Gelddarlehen auch dadurch entstehen, daß eine Sache (gleichviel ob eine vertretbare oder eine unvertretbare) zum Verkaufe oder unter Schätzung übergeben wird. In ersterem Falle entsteht das Darlehen erst im Augenblicke, als der Uebernehmer dieser Sache den Kaufpreis für dieselbe erhält[21]), bezw. nur in der Höhe des erzielten Erlöses; im zweiten Falle entsteht das Darlehen sofort mit der Uebereignung der geschätzten Sache und zwar in der Höhe der Schätzungssumme.[22]) Werden vertretbare Geldpapiere[23]) zum Darlehen gegeben, so kann entweder dieselbe

---

12) Cohn a. a. O. S. 853.

13) R. O. H. G. V. S. 424 ff.

14) R. O. H. G. V. S. 424 ff.; vgl. Puchelt, Comm. II. Nr. 8 zu Art. 278; Kowalzig, H. G. B. Note 36 zu Art. 292; Dernburg, P. L. R. II. §. 176 Note 10; Endemann, H. R. §. 160; Gad, H. R. S. 286 Note 6; Cohn a. a. O. S. 853.

15) Cohn a. a. O. S. 854; v. Hahn, Comm. II. §. 10 zu Art. 371.

16) Cohn a. a. O. S. 854.

17) v. Hahn, Comm. I. §. 4 zu Art. 93; Lastig in Endemann's Hdb. I. S. 366; Cohn ebenda III. S. 854; vgl. R. O. H. G. V. S. 260, wo der Vorschuß als darlehensartiges Geschäft bezeichnet wird. — Die Einlage eines Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen und deren Vermehrung ist weder Vorschuß noch Darlehen (Erk. des östr. Obst. G. H. in Busch's Arch. XLI. S. 131).

18) Cohn a. a. O. S. 854.

19) Cohn a. a. O. S. 854.

20) Cohn a. a. O. S. 845; Goldschmidt, H. R. §. 61 Note 30, 33, §. 64 Note 54.

21) Huschke, Die Lehre des röm. R. vom Darlehen S. 59; Gruchot in seinen Beitr. XII. S. 673; Cohn a. a. O. S. 846.

22) Cohn a. a. O. S. 846. — Mit dem zweiten Falle nahe verwandt, aber nicht zusammenfallend, ist der Verkauf einer Sache mit der Verabredung, daß der Käufer den Kaufpreis erst später zu zahlen brauche (Cohn a. a. O. S. 846; Huschke a. a. O. S. 22, 157). Ist hiemit in wucherischer Absicht der gleichzeitige Rückkauf gegen baar, meist zu weit niedrigerem Preise verbunden, so ist dies der gegenwärtig sog. contractus mohatrae oder barata (vgl. Cohn a. a. O. S. 846, insbes. Note 100).

23) Das a. b. G. B. spricht in §. 990 von „öffentlichen Schuldscheinen“ (s. hierüber v. Schey a. a. O. §. 7 Zusatz 1).

Quantität gleicher Papiere oder ihr Werth zurückgegeben werden (§. 990 a. b. G. B.), und zwar ist hier der Curswerth zur Zeit des Abschlusses des Darlehensvertrages (§. 990) maßgebend. Es kann auch der Kauferlös als Gegenstand des Darlehens betrachtet werden. Was im einzelnen Falle Gegenstand des Vertrages ist, ist Auslegungssache. Im Zweifel ist der Darlehensnehmer wohl zur Rückgabe dieses Curswerthes verpflichtet.[24])

§. 126.

β) Die öffentliche Anleihe[1]) insbesondere.

Anlehen ist im Allgemeinen jede Capitalsbeschaffung, insbesondere mittels Darlehen (sohin jedes genommene Darlehen). Ein größeres Anlehen wird Anleihe genannt.[2]) Oeffentliche Anleihe insbesondere ist eine Anlehen, welches vom Darlehenswerber (Staat, Gemeinde, Actiengesellschaft, Großgrundbesitzer, Großindustrieller) nicht bei einer oder einzelnen bestimmten Personen, sondern bei einer unbestimmten Personenvielheit, dem Publicum, durch „öffentliches Ausschreiben" dergestalt nachgesucht wird, daß die Eine Anlehenssumme, welche der Anlehenswerber benöthigt, von vielen unter gleichen Bedingungen (Antheilen) geleistet wird.[3]) Die Schuldurkunden über diese Anlehen werden über die Theile (Antheile) ausgestellt, und Obligationen, Theil- oder Partialobligationen, Partialen genannt; sie sind gewöhnlich mit fortlaufenden Nummern versehen, lauten zumeist auf den Inhaber. Die Anlehen selbst werden hienach auch Obligationsanlehen genannt. Die Anleihen sind zumeist verzinsliche; bei unverzinslichen aber wird den Anleihegläubigern zuweilen statt der Zinsen ein Disconto, ein Abzug vom Nominalwerthe bei der Ausgabe oder eine Prämie, ein Zuschlag, bei der Rückzahlung gewährt.[4]) Die Anleihen werden weiters unterschieden in tilgbare oder untilgbare, je nachdem der Anleihegläubiger ein Recht auf Rückzahlung des Capitals und der Capitalzinsen, oder überhaupt nur ein Rentenrecht erwirbt. Die tilgbaren sind je nach der Tilgungsfrist kurz- oder langterminige. Erstere werden seitens des Staates in Anticipation alsbald zu erwartender Einnahmen aufgenommen und werden daher schwebende Schulden genannt; sie sind Verwaltungs-, nicht Finanzschulden[5]); die über dieselben ausgestellten Schuldscheine heißen gewöhnlich Schatzscheine, Schatzanweisungen, Schatzkammerscheine (bons de trésor, exchequer-bills,

---

24) v. Schey a. a. O. §. 7 (S. 62).

1) Reiche Literaturangaben hiezu s. G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 428 in Note 1. — Vgl. außerdem noch Cohn selbst a. a. O. (S. 858 ff.); S. Freund, Die vorzeitige Rückzahlung und einseitige Conversion von verzinslichen Anlehen (Berliner Dissertation 1888); Seligson in Ztschr. f. H. R. XXXVI. S. 49; Lotz, Die Technik des Emissionsgeschäftes (1890); v. Schey a. a. O. §. 23; v. Rostanecki, Ueber den öffentlichen Credit im Mittelalter (1889); Goldschmidt, System §. 107; Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 57. — Zum Begriff der Anleihe s. auch R. G. XVIII. S. 29 ff.

2) Goldschmidt, System §. 107 (S. 199). [v. Schey a. a. O. S. 178.

3) Goldschmidt a. a. O. (S. 199);

4) Goldschmidt a. a. O. S. 199; Cohn a. a. O. S. 859, 860.

5) Cohn a. a. O. S. 861; Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches §. 109 (S. 231 f.); v. Stein, Finanzwissenschaft S. 665 ff., 689 ff.; dagegen Wagner in Schönberg's Hdb. II. S. 434.

treasory-bills), bei langterminigen Anleihen kann die Tilgung durch beliebigen freihändigen Ankauf der Obligationen durch den Schuldner zu dem jeweiligen Curse oder nach einem bestimmten Amortisationsplane, Tilgungsplane, geschehen. In letzterem Falle wird nebst den bedungenen Zinsen jährlich eine Capitalsrate abgezahlt, diese bleibt constant, während die Zinsensumme infolge des durch die Ratenabzahlungen kleiner werdenden Capitals jährlich kleiner wird.[6]) Vorzeitige Rückzahlung des ganzen Capitals oder einer größeren Quote als der im Tilgungsplane festgesetzten, ist öfters ausdrücklich gestattet, jedoch unter für den Schuldner erschwerenden Bedingungen.[7]) Ob diese ohne ausdrückliche Gestattung zulässig sind oder m. a. W., ob ein einseitiges Kündigungsrecht des Schuldners besteht, ist gemeinrechtlich bestritten. Für das österr. Recht dürfte dies nach §. 1413 a. b. G. B. zu verneinen sein; nur mit Willen des Gläubigers ist eine solche frühere Rückzahlung oder größere Rückzahlung zulässig; denn nach dieser Gesetzesstelle kann der Gläubiger gegen seinen Willen nicht gezwungen werden, eine Zahlung zu einer anderen als zur vertragsmäßig vereinbarten Zeit anzunehmen. Es kommt also lediglich auf den Willen der Parteien an, und wenn auch im österr. Recht der römisch rechtliche Satz „diei adiectio pro reo est“ nicht grundsätzliche Geltung hat, so ist es doch im einzelnen Falle Auslegungsfrage, ob nicht doch eine frühere Zahlung gestattet sei, die Befristung sohin nur lediglich zu Gunsten des Schuldners festgesetzt war[8]), was insbesondere dann nicht der Fall ist, wenn es sich um gleichzeitige Anlage des Capitals handelt, wie dies bei Anlehen in der Regel seitens der Gläubiger zutrifft.[9]) Rücksichtlich der Valuta, in welcher die Rückzahlung erfolgen muß, gelten die gewöhnlichen Bestimmungen des Civilrechtes (§§. 915, 983 a. b. G. B.; §. 5 Gesetz vom 14. Juni 1868 Nr. 62 R. G. Bl; kais. Vdg. vom 7. Februar 1856 R. G. Bl. Nr. 21). Verspricht der Anleiheschuldner außer dem Nominalbetrage auch noch einen eventuellen Gewinn, entweder statt der Zinsen oder neben diesen, entweder einen unbestimmten für alle Obligationen oder einen bestimmten für einzelne zu bestimmten Terminen auszuloosende, so heißt ein solches Anlehen ein Prämien- oder Lotterie-Anlehen. In Oesterreich gelten diesbezüglich die Bestimmungen des Gesetzes vom 28. März 1889 R. G. Bl. Nr. 32.[10])

Die untilgbaren Anleihen, auch Rentenanleihen, Rentenschulden genannt, sind kein Darlehen, sondern Rentenkauf seitens des Anleihegläubigers[11]), was aber nicht ausschließt, daß der Anleiheschuldner auch in diesem Falle die einzelnen über diese Schuld ausgestellten Partialtheilschuldscheine freihändig zum jeweiligen Curse zurückkaufen oder den Nominalbetrag (event. noch mehr) nach Aufkündigung zurückzahlen kann. In Oesterreich sind die Rentenscheine auf den Inhaber ausgestellt, in Frankreich und England besteht ein Staatsschuldbuch, in welches die Antheile auf den Namen des Gläubigers eingetragen bzw. bei Uebergang derselben auf einen neuen

6) v. Schey a. a. O. S. 105.

7) v. Schey a. a. O. S. 105 und Note 33.

8) v. Schey a. a. O. S. 103.

9) v. Schey a. a. O. S. 103.

10) Vgl. deutsches Gesetz vom 8. Juni 1871. [und Note 5, 6.

11) v. Schey a. a. O. S. 178, 179

Erwerber auf dessen Namen umgeschrieben werden (sog. Inscriptionssystem).[12]) Doch werden in Frankreich außerdem neben der Eintragung und in England statt derselben auf den Namen oder auf Inhaber lautende Schuldverschreibungen (Rententitel, titres, consols) ausgegeben. Nach deutschem Reichsrechte und ebenso in Preußen ist die Eintragung in das Staatsschuldenbuch facultativ, und haben die hierüber ausgestellten Scheine nur die Bedeutung der Bestätigung der geschehenen Eintragung[13]) (Preuß. Ges. vom 20. April 1883). Die Aufnahme solcher Anleihen (Emission, Begebung genannt) geschieht entweder durch den Schuldner selbst oder durch Vermittelung eines Dritten, sei es eines Bankiers oder eines Consortiums. Die erstere, die sog. Selbstemission[14]) besteht darin, daß der Capitalsbedürftige die Capitalssumme, deren er bedarf, in viele gleiche Theile zerlegt, über diese Theile Urkunden (Obligationen, Partial-Obligationen, Partialen) ausfertigt, und diese selbst weiterbegibt, sei es im Wege des freihändigen Verkaufes, gleichgiltig ob er selbst oder durch seine Beamten, Mandatare, Mäkler für seine eigene Rechnung in eigenem Namen verkauft; oder durch Subscription, indem er mittels Prospectes das Publicum unter Angabe der Zeichnungsstellen, d. i. der zur Entgegennahme der Zeichnungen beauftragten Personen oder Institute zur Zeichnung seiner Anleihe auffordert. Die Zeichnung ist eine bedingte, nicht bindende Offerte[15]), die, sofern das Geschäft auch nur auf einer Seite Handelsgeschäft ist (Art. 277), schriftlich geschehen oder in mündlicher Betheiligungserklärung bestehen kann, der Vertrag selbst ein Kauf.[16]) Das Verhältniß der Zeichenstelle zum Emittenten kann ein verschiedenes sein; sie kann bloßes Werkzeug (Nuntius, Unterhändler) oder Bevollmächtigter sein. Je nachdem sie nach außen hin sich als Mandatarin oder als bloßes Werkzeug gerirt, tritt sie in ein Rechtsverhältniß zum Zeichner oder nicht.

Die Vermittelung der Anlehensaufnahme durch Dritte kann in der Weise geschehen, daß der Anleiheschuldner zwar selbst die Scheine ausstellt, sie aber durch einen Dritten weitergeben läßt (Negotiation)[17]), indem dieser entweder die Partialen auf eigene Rechnung — freihändig oder durch Subscription — als Verkäufer, oder als Verkaufscommissionär verkauft, oder er fertigt nicht einmal die Partialen selbst aus, sondern überträgt die Ausfertigung wie die Begebung einem Dritten (Bankier oder Consortium), technisch sog. Emissionsgeschäft, Emissionsgeschäft im engeren Sinne.[18])

---

12) Goldschmidt a. a. O. S. 201.

13) Goldschmidt a. a. O. S. 201; Frick in Conrad's Jahrb. f. Nationalöconomie LV. S. 337 ff.

14) Vgl. Cohn a. a. O. S. 866 ff.; Goldschmidt a. a. O. S. 203.

15) Primker in Endemann's Hdb. I. S. 541; Regelsberger ebenda II. S. 427 Note 16; Gareis ebenda S. 565 Note 26; Cohn ebenda S. 867; Hauser in Ztschr. f. H. R. XII. S. 43. Motive zum deutschen Actiengesetze (in Busch's Arch. XLIV. S. 160 ff.); vgl. v. Hahn, Comm. II. § 5 zu Art. 337.

16) R. O. H. G. XX. S. 254; Cohn a. a. O. S. 867.

17) R. O. H. G. S. 248 ff.; Cohn, a. a. O. S. 868; Goldschmidt a. a. O. S. 203; vgl. v. Stein, Finanzwissenschaft S. 760; Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja-Actien-Streit 1859 (S. 14 ff.).

18) Goldschmidt a. a. O. S. 203 ff.;

Die Rechtsstellung des Anleihenegotianten zum Anleihegeber bzw. zum Anleihenehmer kann eine sehr verschiedene sein. Von den hier möglichen Fällen seien nur folgende hervorgehoben.[19])

1. Der Bankier ist Mandatar des Anleiheschuldners; für ihn gelten die Grundsätze des Mandates. 2. Der Bankier ist Verkaufscommissionär des Anleiheschuldners, für dessen Rechnung er eventuell gegen Provision die Anleihe aufbringt. Statt der Provision oder neben derselben können dem Anleihenegotianten noch andere Vortheile zugesichert sein: z. B. kann ein limitirter Curs festgesetzt sein, welchen der Negotiant dem Anleiheschuldner zahlt, während er selbst die Papiere zu höherem Curse weiterbegeben kann, der Negotiant haftet dem unmittelbar von ihm erwerbenden Partialisten, nicht späteren Erwerbern, als Verkäufer. 3. Der Negotiant kauft das Darlehen vom Anleiheschuldner und verkauft die Anleihepapiere für eigene Rechnung. Hier bezahlt er dem Anleiheschuldner einen im vorhinein bestimmten Betrag und verkauft dann die Anleihescheine für eigene Rechnung; die Differenz zwischen dem Uebernahms- und Emissionscurse ist der Gewinn oder Verlust des Negotianten. Auch hier haftet er dem unmittelbar von ihm erwerbenden Partialisten als Verkäufer. 4. Der Negotiant kann das Anlehen in eigenem Namen und für eigene Rechnung abschließen, dann ist er selbst Anleiheschuldner den Partialisten gegenüber, Darlehensgläubiger des ursprünglichen Anleihesuchers.

Die Partialisten bedürfen zum Schutze ihrer Rechte einer gemeinsamen Vertretung[20]), daher bestimmt das Gesetz vom 25. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl.[21]), daß, wenn über eine Darlehensforderung auf Inhaber lautende oder indossable Theilschuldverschreibungen ausgegeben werden, in allen Fällen, in welchen die Rechte der jeweiligen Besitzer dieser Theilschuldverschreibungen wegen des Mangels einer gemeinsamen Vertretung gegefährdet oder die Rechte eines Anderen in ihrem Gange gehemmt werden, vom Gerichte ein gemeinsamer Curator zu bestellen ist, und zwar insbesondere auch im Falle des Concurses über das Vermögen eines aus den Theilschuldverschreibungen Verpflichteten (§. 1 des cit. Ges.). Competent hiezu ist bei Anleiheschuldnern, deren Firma im Register eines Handelsgerichtes eingetragen ist, dieses Gericht, sonst aber derjenige Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel die Theilschuldverschreibungen ausgestellt wurden, oder wenn der Ort der Ausstellung in den Theilschuldverschreibungen nicht genannt oder nicht in Oesterreich gelegen ist, der Gerichtshof, in dessen Sprengel sich der österreichische Zahlungsort be-

---

Cohn a. a. O. S. 869 ff.; Lotz, Die Technik des Emissionsgeschäftes.

19) Vgl. hiezu Goldschmidt, Syst. §. 107 und Cohn a. a. O. S. 868 ff.

20) Vgl. Goldschmidt a. a. O. und Cohn a. a. O. S. 874 f.

21) In Deutschland besteht ein solches Gesetz nicht; nur §. 17 des Einf. Ges. zur Reichsconcursordnung behält es der Landesgesetzgebung vor, zu bestimmen, daß durch Uebertragung des Gewahrsams an gewissen beweglichen körperlichen Sachen resp. Urkunden auf einen Vertreter sämmtlicher Inhaber ein Faustpfandrecht für die Gesammtheit der Obligatäre bestellt werden könne. — Ein ähnliches Curatorengesetz wie in Oesterreich besteht in Braunschweig (30. März 1881) und in Coburg-Gotha (4. April 1885).

findet (§. 2 Abs. 1). Unter mehreren österreichischen Ausstellungs- oder Zahlungsorten bestimmt sich die gerichtliche Competenz nach dem erstgenannten Orte (§. 2 Abs. 2). Die Bestellung eines Curators zur Sicherung der Rechte der Partialisten kann jeder Betheiligte, der sich als Partialist legitimiren kann, und bei unter staatlicher Aufsicht stehenden Unternehmungen der Regierungscommissär unter Angabe des das Begehren veranlassenden Sachverhaltes und des Zweckes der Curatelbestellung verlangen (§. 3). Hat aber die Bestellung des Curators zu erfolgen, damit nicht ein Anderer in dem Gange seiner Rechte gehemmt werde, so hat dieser, wenn er nicht die Bestellung des Curators bei dem nach Obigem competenten Gerichte erwirken will, in seinem diesbezüglichen Ansuchen dem Gerichte, an welches er sich wendet, jenen Gerichtshof namhaft zu machen, welcher den Curator bestellen soll, damit zugleich mit der Erledigung seiner Eingabe dieser Gerichtshof von Amtswegen wegen Bestellung des Curators ersucht werden kann (§. 4). Die Bestellung eines Curators hat auch in dem Falle zu erfolgen, wenn der Schuldner die Vornahme einer bücherlichen Eintragung (Eintragung, Vormerkung, Löschung) erwirken will, von der die Partialisten zu verständigen wären. Mit Ausnahme des letzten Falles ist die gerichtliche Bestellung eines Curators in Form eines Edictes kundzumachen, welches bei dem Gerichte, das den Curator bestellte, und bei jenem, bei dem die betreffende Angelegenheit anhängig wird, anzuschlagen und einmal durch die für amtliche Kundmachungen bestimmten Landeszeitungen zu publiciren ist, und das, wenn es sich um Theilschuldverschreibungen handelt, welche in einem amtlichen Cursblatte notirt werden, auch durch die „Wiener Zeitung“ zu veröffentlichen und an allen österreichischen Börsen anzuschlagen ist (§. 5). Die Bestellung des Curators hat zur Folge, daß die einzelnen Besitzer der Theilschuldverschreibungen in Angelegenheiten, welche gemeinsame Rechte betreffen, diese ihre Rechte nur durch den Curator, nicht selbständig geltend machen können, wobei es ihnen unbenommen bleibt, in dem vom Curator in solchen gemeinsamen Angelegenheiten geführten Processe als Intervenienten auf ihre Kosten aufzutreten[22]) (§. 9). Die Wirkung der unter den Partialisten bestehenden Interessengemeinschaft bezieht sich aber nur auf gemeinsame Angelegenheiten und Rechte, nicht aber werden hiedurch die Individualrechte des einzelnen Partialisten getroffen, daher nicht jene Angelegenheiten, welche aus einem besonderen zwischen einem einzelnen Besitzer von Theilschuldverschreibungen und dem Verpflichteten entstandenen Verhältnisse entspringen, die der einzelne Besitzer nach wie vor selbständig machen kann (§. 9). Jeder Partialist ist berechtigt, der Regierungscommissär berufen, etwaige Wahrnehmungen, welche die Eignung oder Vertrauenswürdigkeit des Curators bezweifeln lassen, dem Gerichte anzuzeigen, welches dann das Erforderliche zu erheben und hienach über die

22) Er ist aber nicht activer Streitgenosse im Sinne der Gerichtsordnung (Beschl. des östr. obst. G. H. v. 9. Mai 1876 Z. 5526 Spr.-Rep. Nr. 85 im 2. Bde. der Manz'schen Ges. Ausg. bei §. 9 des cit. Ges.).

Enthebung oder Belassung des Curators zu entscheiden hat (§. 10). Besondere Bestimmungen gelten noch rücksichtlich der bücherlichen Behandlung der für Theilschuldverschreibungen obiger Art eingeräumten Pfand- oder Hypothekenrechte (§§. 11—15), und das Gesetz vom 24. April 1874 Nr. 48 R. G. Bl. gibt den Pfandbriefbesitzern ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe bestimmten Vermögensobjecte, sowie nach Gesetz vom 19. Mai 1874 Nr. 75 R. G. Bl. ein wirksames Pfandrecht für Eisenbahn-Prioritäten durch Eintragung in die Eisenbahnbücher erworben werden kann. Läßt sich bei Ernennung eines Curators erkennen, daß dieser eine der curatelsbehördlichen Genehmigung bedürftige Handlung werde vornehmen müssen, so hat das Curatelgericht dafür zu sorgen, daß eine Versammlung der vom gemeinsamen Curator vertretenen Besitzer zum Zwecke ihrer Einvernehmung und zur Wahl dreier Vertrauensmänner und ebensovieler Ersatzmänner erfolge (§. 1 Ges. v. 5. Dec. 1877 Nr. 111 R. G. Bl.). Diesen Vertrauensmännern obliegt es, sich durch mündlichen Verkehr mit dem gemeinsamen Curator und nöthigenfalls durch Einsicht der Acten in fortlaufender Kenntniß der Geschäfte des Curators zu erhalten und diesem durch Rath zur Seite zu stehen, und wenn sie nicht selbst Partialisten sind, dem Curatelgerichte Wahrnehmungen mitzutheilen, welche die Eignung oder Vertrauenswürdigkeit des Curators bezweifeln lassen (§. 12). Der Curator hat ihren Rath und ihre Ansicht in allen wichtigen Angelegenheiten einzuholen und dem Ansuchen um curatelgerichtliche Genehmigung deren Aeußerungen beizulegen, falls sie nicht ihre Uebereinstimmung durch Mitfertigung der Eingabe des Curators zu erkennen geben (§. 13).

Nur wenn der Curator erweist, daß es unmöglich gewesen sei, die erforderliche Anzahl von Vertrauensmännern bezw. Ersatzmännern beizuziehen, kann das Curatelgericht über das Ansuchen um Ertheilung der Genehmigung einer Rechtshandlung entscheiden, wenn wenigstens zwei Vertrauensmänner, bezw. Ersatzmänner bei dem Einschreiten des Curators mitgewirkt haben (§. 14 Abs. 3). Bei Meinungsverschiedenheit unter den Vertrauensmännern übt jeder derselben seine Rechte und Pflichten selbständig aus (§. 14 Abs. 1). Die Functionsdauer der Vertrauensmänner und der Ersatzmänner erlischt mit der Beendigung der Curatel (§. 14 Abs. 2). Der Curator kann nicht nach seinem Belieben an Stelle eines Vertrauensmannes einen Ersatzmann heranziehen; der Ersatzmann tritt nur beim Wegfall oder bei Verhinderung eines Vertrauensmannes an Stelle des Letzteren (§. 14 Abs. 3). Die Reihenfolge, in welcher die Ersatzmänner zur Vertretung der Vertrauensmänner herangezogen werden können, ist vom Gerichte bei Bestätigung ihrer Wahl kundzumachen, und richtet sich nach der Größe der Stimmenzahl, welche die Ersatzmänner bei der Wahl erhielten. Im Falle als zwei derselben oder alle die gleiche Stimmenzahl erhielten, entscheidet das Loos über die Reihenfolge (§. 11). Der Curator ist aber auch zur Berufung einer Versammlung der Partialisten berechtigt, wenn er Rechtshandlungen vornehmen will, welche der curatelbehördlichen Genehmigung bedürfen, rücksichtlich welcher ein Antrag der Versammlung

der Partialisten zur Aeußerung nicht vorgelegen ist, sowie eben dies auch vom Curatelgerichte von Amtswegen verfügt werden kann (§. 15 Abs. 1). Rücksichtlich der Einberufung und des Verfahrens bei den Versammlungen der Partialisten (der ersten Versammlung sowohl als auch neuerlicher) enthält das Gesetz besondere Bestimmungen (§§. 2—11 und §. 15 Abs. 2). Die Entscheidungen des Curatelgerichtes sind durch die sonstigen gesetzlichen Rechtsmittel anfechtbar (§§. 13 u. 16), wozu der Einschreiter sich durch Deponirung seiner Werthpapiere legitimiren muß (§. 16 Abs. 4).

Bei der Frage, wer berechtigt ist, ein Anlehen aufzunehmen, ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Ausschreibung einer öffentlichen Anleihe handelt, die reines Darlehen ist, in welchem Falle Jedermann befugt ist, oder ob es sich um ein öffentliches Anlehen handelt, das nicht Darlehen ist, wie der Rentenkauf, oder wo die Anlage des Capitals des Anleihegläubigers in den Vordergrund tritt, in welchen Fällen es der staatlichen Genehmigung (Concession) oder eines Specialgesetzes hiezu bedarf.[23])

Eine Aenderung des Inhaltes des Anleihevertrages (der Anleiheschuld), z. B. durch Herabsetzung der Zinsen heißt **Conversion**, ein einseitiges Verwandeln mehrerer insbesondere verschiedenartiger Anleiheschulden in eine einzige (sog. consolidirte) heißt **Consolidirung**, die einheitlichen Theilschuldverschreibungen heißen Consols.[24])

Die Negotiirung von Anlehen sowie das technisch sog. Emissionsgeschäft sind in allen ihren Formen **Bankiergeschäfte**[25]), und gewerbsmäßig betrieben oder zwar vereinzelt, aber von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes unternommen, subjective Handelsgeschäfte nach Art. 272 Abs. 1 Z. 2.

§. 127.

2. Das Discontogeschäft.[1])

Wenngleich demselben Zwecke wie ein Darlehen dienend[2]) ist das Discontogeschäft seiner juristischen Natur nach doch Kauf[2a]), nicht Darlehen,

---

23) v. Schey a. a. O. S. 185.

24) Cohn a. a. O. S. 876.

25) Vgl. Cohn a. a. O. S. 871, 872; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. zu Art. 272 Z. 2 S. 34; Thöl, H. R. I. §. 28; Goldschmidt, H. R. I. §. 53 Note 3c u. 3d.

1) Vgl. G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 427 Nr. XIV.; vgl. auch Literatur in Note 1 zu §. 124 und v. Kräwel in v. Holtzendorff's Rechtslexicon unter „Disconto"; Weiske's Rechtslexicon V. S. 47, VI. S. 55. — Ueber Warrantdiscontirung s. Hecht, Die Warrants S. 88 ff.; Heine in Ztschr. f. Staatswissensch. XXIII. S. 622 ff. Ueber Wechseldiscontirung Thöl H. R. II. (W. R.) §. 129.

2) Als Darlehen wird das Discontogeschäft bezeichnet von A. Wagner in Schönberg's Handb. I. S. 324 („Gewährung von Darlehen gegen Wechsel, welche an die Bank girirt werden, unter vorweg erfolgendem Abzug des Zinses"); vgl. Pöhls H. R. S. 203 („unregelmäßiges Darlehen . . ., welches schon einige Merkmale eines Kaufes annehme").

2a) So insbes. Thöl, H. R. I. §. 28 Note 3; Dernburg, Pr. Pr. R. II. §. 87 Note 7; Heise, H. R. §. 83;

und dankt seine Einreihung unter die Creditgeschäfte nur seiner wirthschaftlichen Function, nicht seinem juristischen Charakter. Es ist der Erwerb von noch nicht fälligen Werthpapieren, insbesondere von Wechseln unter Abzug.[3]) Der Erwerber heißt Disconteur, der Gegencontrahent Discontist. Dadurch daß der Disconteur die Werthpapiere vor ihrer Fälligkeit einlöst, gewährt er dem Discontisten einen kurzfristigen Credit[4]); anstatt ein Darlehen aufzunehmen, verkauft dieser einen noch nicht fälligen Wechsel, ein noch nicht fälliges Werthpapier (Anweisung, Loospapier, Coupon, Warrant); hiefür zieht sich der Disconteur als Creditgeber einen Betrag (Disconto) ab, dessen Höhe sich nach der Länge der Frist bis zum Verfallstage und nach der Größe der Gefahr der Nichteinlösung richtet.[5])

Gewerbsmäßig betriebene Discontogeschäfte sind Bankiergeschäfte[6]) und Handelsgeschäfte im Sinne des Art. 272 Z. 2. Discontirung zum Zwecke der Weiterveräußerung ist absolutes Handelsgeschäft nach Art. 271 Z. 1.[7])

§. 128.

3. Das Zettelgeschäft.[1])

Das Zettelgeschäft (auch Banknotengeschäft genannt) ist die Ausfertigung abstracter (d. i. den Verpflichtungsgrund nicht bezeichnender), im Voraus massenweise angefertigter und als Umlaufsmittel bestimmter, schriftlicher Schuldversprechen. Sie lauten in der Regel auf runde Beträge und auf Inhaber, sind unverzinslich und jederzeit fällig.[2]) Die Zettel- oder Banknoten sind Schuldscheine. Der Aussteller derselben ver-

---

Dankwardt a. a. O. S. 86; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXIII. S. 327; G. Cohn a. a. O. S. 855.

3) G. Cohn a. a. O.

4) Hübner, Die Banken S. 81; G. Cohn a. a. O.

5) G. Cohn a. a. O.; Dankwardt (Nationalöconomie und Jurisprudenz 3. Heft S. 85 f.) sieht im Disconto dreifachen Gewinn: Zins, Provision, Assecuranzprämie; Thöl, H. R. II. (W. R.) §. 129 (S. 502) „Miethgeld und Assecuranzprämie"; Endemann, H. R. §. 115 Note 12 „theils Zins, theils Provision für die Mühewaltung"; Mithoff in Schönberg's Hdb. der Polit. Oeconomie S. 491 „Handelszins".

6) G. Cohn a. a. O.; Goldschmidt, H. R. §. 53 Note 3a; Busch, Arch. IV. S. 464 ff.; Endemann im Hdb. I. §. 15 (S. 71); R. O. H. G. III. S. 434.

7) G. Cohn a. a. O. Note 180a. — Vom Discontogeschäfte ist zu unterscheiden jene „Manipulation, die in die Formen der Discontirung ein nicht nur wirthschaftliches, sondern auch juristisches Darlehensgeschäft gegen Unterpfand einkleidet .... Hier gesellt sich zu dem Verkaufe des Discontenpapiers noch ein Vertrag über Recht und Pflicht des Discontisten zur Wiedereinlösung vor Verfall" (G. Cohn a. a. O. und ebenda Note 101).

1) Aus den reichen Literaturangaben G. Cohn's in Endemann's Hdb. III. §. 429 Note 1 sei hier hervorgehoben: Brinckmann, H. R. §. 127; Fischer-Ellinger, Oestr. H. R. §§. 177 ff.; Thöl, H. R. I. §§. 28 u. 213; Goldschmidt, H. R. §§. 53, 108 (Note 34 ff.), 109 (Note 12, 29 ff.); Endemann, H. R. §. 162; Gareis §. 72; Kuntze, Inhaberpapiere §. 111; Laband, Deutsches Staatsr. II. §§. 73, 74; Soetbeer, Deutsche Bankverfassung (1875); Hübner, Die Banken S. 4, 11, 65 ff.; A. Wagner in Schönberg's Hdb. I. S. 332 ff., 356 ff. und in v. Holtzendorff's Rechtslexicon unter „Reichsbank". — Außerdem G. Cohn im cit. Hdb. §. 429; Cosack, H. R. §. 56.

2) G. Cohn a. a. O. S. 878, 879.

spricht deren Einlösung zu dem in der Urkunde angeführten Werthe (Nennwerth), d. i. deren Umtausch[3]) in Geld. Nicht hieher gehört das Papiergeld; denn die Ausgabe von Geld ist nie Zettelgeschäft, sondern Zahlung; die Einlösungspflicht des Ausstellers (Staat) beruht hier nicht auf einer privatrechtlichen, sondern auf einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit, der Zwang zur Annahme an Zahlungsstatt beruht auf dem Satze des Gesetzes, der dem Papier Geldeigenschaft verleiht, nicht auf einem privatrechtlichen Rechtsgeschäfte. Wirthschaftlich gewährt das Zettelgeschäft dem Emittenten „den Vortheil eines unverzinslichen Darlehens"[4]); insbesondere wenn die Ausgabe der Noten gegen Hingabe von Metallgeld erfolgt[5]); juristisch aber ist die Ausstellung von Banknoten ein einseitiges Schuldversprechen der Bank ohne Angabe des Schuldgrundes zur Einlösung der Noten gegen Geld. Die Ausgabe der Noten erfolgt solvendi causa, z. B. bei dem früher häufigen Fall der Einlösung von Metall gegen Banknoten, oder credendi causa, z. B. zur Begründung von Darlehens- und Lombardforderungen[6]) (s. unten §. 134). In Oesterreich bedarf es zur Ausstellung von Banknoten eines besonderen gesetzlichen Privilegiums. Ein solches hat die östr. ung. Bank laut Ges. v. 27. Juni 1878, Nr. 66 R. G. Bl. (vgl. Art. 82 der Statuten derselben). Die Verpflichtung des Schuldners entsteht bei der Banknote im Momente der Ausstellung derselben. Im Uebrigen gleichen sie in ihrer rechtlichen Behandlung den Inhaberpapieren; doch sind alle Einreden ausgeschlossen, nicht nur die aus der Person des früheren Inhabers, sondern auch die des jeweiligen Inhabers.[7]) Bei rechtzeitiger Präsentation am rechten Orte hat der Inhaber im Nichteinlösungsfalle ein Klagerecht auf vollen Schadenersatz.[8]) Der Verlust der Note ist Verlust des Rechtes.

Das Zettelgeschäft ist stets Bankiergeschäft.[9]) Bei gewerbsmäßigem Betriebe oder selbst bei vereinzeltem Betriebe seitens eines Kaufmannes, dessen Gewerbe auf andere Geschäfte gerichtet ist, ist es Handelsgeschäft nach Art. 272 Abs. 1 Z. 2.

---

3) G. Cohn a. a. O. S. 879; Endemann, H. R. (§. 162) u. Goldschmidt, H. R. (§. 109 Note 5) nehmen selbst bei sog. entarteten, uneinlöslichen Banknoten eine wenn auch zeitweise unklagbare Forderung auf Einlösung an. Vgl. auch Slevogt in Busch's Archiv XXXI. S. 177 ff.

4) Goldschmidt, H. R. §. 109.

5) G. Cohn a. a. O. S. 881.

6) G. Cohn a. a. O. S. 881.

7) Koch in Endemann's Hdb. II. §. 109 Note 42; G. Cohn a. a. O. S. 883.

8) G. Cohn a. a. O. S. 883. — Nach Laband, Deutsches Staatsr. II. S. 398 würde die Nichteinlösung der deutschen Reichsbanknoten eine Klage auf Schadenersatz gegen die Reichsbank, und im Falle der Bankbeamte diese verweigert, obwohl er infolge der Baarbestände im Stande ist, die Einlösung vorzunehmen, auch gegen diesen, sowie gegen die Mitglieder des Bankdirectoriums und den Reichskanzler, wenn sie die Einlösung untersagen oder unmöglich machen. Nichteinlösung einer Note, deren Einlösung zugesagt ist, berechtigt zum Antrag auf Concurseröffnung.

9) Goldschmidt, H. R. §§. 53, 109 Note 46; Thöl, H. R. I. §. 28; Anschütz und v. Völdernborff, Comm. II. zu Art. 272 Z. 2 (S. 35); G. Cohn a. a. O. S. 882.

§. 129.

4. Das Depositengeschäft.[1])

I. Das Depositengeschäft ist ein Vertrag, durch welchen der eine Contrahent (Depositar) von dem anderen Contrahenten (Deponenten) eine Sache gegen seinerzeitige Rückgabe zur Aufbewahrung übernimmt (§. 957 a. b. G. B.). Diesen civilrechtlichen Begriff des Depositums setzt das H. G. B. voraus, indem es keinen handelsrechtlichen Begriff dieses Geschäftes aufstellt; nur die Entgeltlichkeit[2]) wird im Handelsrechte auch für das Depositum präsumirt, wenn der Depositar Kaufmann ist und das Depositengeschäft in Ausübung des Handelsgewerbes erfolgt (arg. Art. 290).[3]) Auf Seite des Deponenten kann das Depositengeschäft nur accessorisches Handelsgeschäft sein (Art. 273, 274), auf Seite des Depositars aber nicht nur accessorisches, sondern auch absolutes Handelsgeschäft nach Art. 271 Z. 1 im Falle des irregulären Depositums zum Zwecke der Weiterveräußerung, und relatives im Sinne des Art. 272, sofern es Bankiergeschäft ist. Als solches gilt das irreguläre Gelddepositum bei gewerbsmäßigem Betriebe, und das reguläre aber gleichfalls unter der Voraussetzung des gewerbsmäßigen Betriebes und unter der weiteren Voraussetzung, daß sein Gegenstand in Geld, Werthpapieren oder Pretiosen besteht, und die Aufbewahrung nicht etwa nur eine kurzzeitige (z. B. stundenweise) vorübergehende, sondern von längerer Dauer ist.[4]) Für die rechtliche Behandlung des Depositengeschäftes, insbesondere für die Rechte und Pflichten der beiden Contrahenten, sind die Bestimmungen des 1. Titels des 4. Buches des H. G. B., sofern sie nicht

1) Reiche Literaturangaben hiezu s. bei G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 430 Note 1, aus welchen hier hervorgehoben seien: Thöl, H. R. I. §§. 28 u. 296; Goldschmidt, H. R. I. §. 47 Note 11; Endemann, H. R. §. 163 und in Ztschr. f. H. R. IV. S. 58 ff., 203; Gareis, H. R. §. 72; Windscheid, Pandecten §§. 377—379; Koch, Recht der Forderungen III. §§. 271 ff.; Dernburg, Pr. Pr. R. II. §§. 211, 212; Hübner, Banken S. 54 ff.; Ad. Wagner, Zettelbanken S. 373 ff.; in Schönberg's Hdb. I. S. 320 ff.; Knies, Credit II. S. 377, 459; Laband, Deutsches Staatsrecht II. S. 393; Endemann, Studien I. S. 90, 425 ff., 451 ff.; Lastig, Ztschr. f. H. R. XXIII. S. 143 ff.; XXIV. S. 418; Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 215 ff., D. Pr. R. III. §. 183 u. Ztschr. f. H. R. VIII. S. 33; Neumann-Hofer, Depositengeschäfte u. Depositenbanken (Theorie des Depositenbankwesens) 1894. — Außerdem Goldschmidt in Preuß. Jahrb. (Dec. 1891), Zur Reform des Bankdepotwesens (Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins 1. u. 2. Heft 1892); Cosack, H. R. §. 55; v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allgemeinen Privatrechts I. §§. 38 ff. (S. 281 ff.).

2) Nach §. 969 a. b. G. B. kann für die Aufbewahrung nur dann ein Lohn gefordert werden, wenn er ausdrücklich, oder nach dem Stande des Aufbewahrers stillschweigend bedungen worden ist (vgl. Notariatstarif v. 25. Juli 1871 Nr. 75 R. G. Bl. im 3. Bande der Manz'schen Ges. Slg.).

3) Ung. H. G. B. §. 284; bosn. §. 304.

4) G. Cohn a. a. O. S. 887; vgl. auch Brinckmann, H. R. S. 484 Note 1; Endemann, H. R. §. 163; Wagner in Schönberg's Hdb. S. 327. — Gegen die Auffassung des depositum irregulare als Handelsgeschäft spricht sich aus Ladenburg in Ztschr. f. H. R. XIII. S. 185 (s. dagegen Goldschmidt ebenda Note, und H. R. §. 53 Note 2a; Thöl §. 28; Endemann im Hdb. I. S. 71; v. Hahn, Comm. II. §. 7 zu

ihrer Natur nach ausgeschlossen sind, eventuell auch Handelsgebräuche (Art. 1) und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht[5]) maßgebend. Den Dispositionormen des Gesetzes gehen aber auch hier vor die Vertragsvereinbarungen, die sog. „Bedingungen" der Banken, die von dem Hinterleger (Deponenten) ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt werden.[6]) Es kann daher hier auf eine nähere Darstellung der Rechte und Pflichten der beiden Contrahenten verzichtet werden, da diese, wie bereits erwähnt wurde, mangels besonderer Vereinbarung nach den oben dargestellten allgemeinen handelsrechtlichen Grundsätzen über Handelsgeschäfte, soweit sie ihrer Natur nach Anwendung finden können, bezw. nach allgemeinem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen sind. Im Einzelnen sei hier nur bemerkt, daß der um Aufbewahrung Angegangene (der künftige Depositar), wenn er Kaufmann ist und mit dem Theile, der deponiren will, bereits in Geschäftsverbindung steht, bereits vor Abschluß des Depositenvertrages oder selbst wenn er ablehnt, schuldig ist, die mit der Vertragsofferte zur Verwahrung übersandten Sachen, soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann und soweit er für die Kosten gedeckt ist, einstweilen vor Schaden zu bewahren[7]) (Art. 323).[8]) Jeder der beiden Contrahenten hat, sofern das Geschäft auf seiner Seite Handelsgeschäft ist, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes aufzuwenden (Art. 282). Ob dem Depositar bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen des Art. 313 ein kaufmännisches Retentionsrecht zusteht oder nicht, ist quaestio facti; und wird dann nicht anzunehmen sein, wenn die Rückgabe auf einen fest bestimmten Zeitpunkt oder sofort auf Verlangen ausbedungen ist, außer es würde nach Abschluß des Vertrages noch eine der Voraussetzungen des Art. 314 (Concurs, Zahlungseinstellung oder fruchtlos vollstreckte Execution in das Vermögen des Deponenten) hinzutreten. Das Depositum ist ein formloser Vertrag; doch können Urkunden über das erfolgte Depositum ausgestellt werden, welche aber — abgesehen von den Lagerscheinen — in der Regel nur Beweismittel sind und Gegenbeweis und mündliche Abrede zulassen.

Als besondere Fälle des Depositgeschäftes sind zu nennen: das Deposit zur Verwaltung, das Bankdepositengeschäft und das Lagerhausgeschäft. Nur über die beiden erstgenannten soll hier Einiges bemerkt werden, das letztgenannte erfährt weiter unten (§. 139) eine selbständige Darstellung.

1. Ein Deposit zur Verwaltung (sog. qualificirtes Depositengeschäft) liegt vor, wenn außer der Verwahrungs- und Restitutionspflicht dem Depositar auch noch die Verwaltung, d. i. die Vornahme positiver Handlungen rechtlicher oder volkswirthschaftlicher Natur im Interesse des Deponenten zur Pflicht gemacht ist; nur darf die Verwaltung nicht zur Hauptsache werden, da sonst das Geschäft in ein

---

Art. 272; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. zu Art. 272 Z. 2; Behrend, H.-R. I. S. 104 Note 6).

5) §§. 957—970 a. b. G. B.

6) G. Cohn a. a. O. S. 888.

7) Vgl. G. Cohn a. a. O. S. 891; insbesondere aber v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 323.

8) Ung. H. G. §. 320; bosn. §. 336.

Mandat überginge (§. 960 a. b. G. B.). Sie kann ausdrücklich vereinbart oder als stillschweigend[9]) bedungen anzusehen sein. Wie weit sich die Pflicht zur Verwaltung erstreckt, wird im einzelnen Falle zu entscheiden sein.[10])

2. Bankdepositengeschäft ist jenes, „bei welchem Summen behufs Aufbewahrung und genereller Restitution übergeben werden".[11]) Es wird auch das Depositengeschäft in technischem Sinne[12]), Deposit zur Benützung[13]), irreguläres[14]), kaufmännisches[15]) Depositengeschäft, Depositum eines abstracten Werthes[16]) genannt. Wer die Uebernahme solcher Depositen gewerbsmäßig betreibt, ist Bankier. Der Depositar kann die den Gegenstand des Depositums bildenden Geldsummen verzinslich oder unverzinslich, gegen beliebige Zurückforderung (stets fällige Depositen) oder gegen (meist kurze) Aufkündigungsfrist (kurzfällige Depositen) erhalten.[17]) Der Vortheil[18]) des Deponenten liegt darin, daß er der Mühe und Kosten der eigenen Aufbewahrung überhoben ist, daß er gegen Diebstahl (auch Untreue seiner eigenen Angestellten), Brand, Verlust gesichert ist, und meist noch einen mäßigen Zins erhält, und endlich darin, daß er, indem er dem Bankier theilweisen Einblick in seine Geldverhältnisse gewährt, erforderlichen Falles angemessenen Credit gewinnt. Der Bankier als Depositar aber erblickt seinen Vortheil darin, daß er die bei ihm hinterlegten Gelder zinsbar, bei verzinslichen Depositen zu höheren als den dem Deponenten zugestandenen Zinsen anlegen kann, wodurch er den Zins oder die Zinsdifferenz gewinnt. Die Bank macht hiedurch das Capital des Einzelnen dem Verkehre, dem Handel dienstbar, zumal dann, wenn dem Bankier das Recht zusteht, über die Gelder ganz oder theilweise mittelst Anweisung, Check, Wechseltrassirung oder -Domicilirung oder Giro zu verfügen. Die Geldsummen werden in der Regel baar in der Bank eingelegt (sog. hineingezahltes Deposit).[19]) In der Regel werden die Bankdepositengeschäfte in die Bankbücher eingetragen, und es werden über deren Abschluß auf Namen lautende Scheine (Depositenscheine, Bankobligationen), auch Quittungsbücher, in welche die Einzahlungen und Rückzahlungen von Capital und Zins (bisweilen auch die Kündigungen) eingetragen werden (Paßbuch, Contocurrentbuch, Sparcassabuch), ausgestellt.[20])

---

9) G. Cohn, a. a. O. §. 431 S. 902.

10) Siehe G. Cohn a. a. O. S. 903.

11) G. Cohn a. a. O. §. 433 S. 921.

12) Brinckmann, H. R. §. 124; Ad. Wagner in Schönberg's Handb. I. S. 327 u. in v. Holtzendorff's Rechtslexicon unter „Reichsbank".

13) So Hübner, Die Banken S. 18; Roscher, Volkswirthsch. §§. 61, 62; v. Hahn, Comm. II. §. 7 zu Art. 272 Z. 2.

14) Dies ist die herrschende Bezeichnung; „doch ist weder jedes depos. irreg. ein Bankdeposit (man denke an Eisen- u. Getreidedepositen der Lagerhäuser ....), noch ist jedes Bankdeposit ein depos. irreg." (G. Cohn a. a. O. Note 4).

15) Endemann in Ztschr. f. H. R. IV. S. 59.

16) So Dankwardt, Nationalöc. u. Jurisprudenz 3. Heft S. 38 ff.

17) Vgl. G. Cohn a. a. O. S. 921, 922.

18) Ueber Nutzen und Vortheil des Depositengeschäftes überhaupt vgl. außer G. Cohn a. a. O. S. 923 f. auch noch Hübner, Banken S. 60; Wagner in Schönberg's Handb. I. S. 328.

19) G. Cohn a. a. O. S. 924.

20) Vgl. hiezu G. Cohn a. a. O. S. 928, 929; Ad. Wagner in Schön-

Das Bankdepositengeschäft kommt durch den übereinstimmenden Willen der beiden Vertragstheile zustande, daß die hingegebene Geldsumme nicht in specie, sondern in genere zurückzustellen sei, welcher Willensconsens ausdrücklich erklärt werden oder auch ein stillschweigender sein kann, z. B. durch Zuzählung oder unverschlossene und unversiegelte Uebergabe des Geldes. Je nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles ist das Bankdepositengeschäft Darlehen oder irreguläres Depositum. In ersterem Falle gebühren dem Deponenten, sofern er Kaufmann ist (Art. 290), ohneweiters, im zweiten Falle nur bei einer diesbezüglichen Abrede Zinsen.

§. 130.

5. Der Crediteröffnungsvertrag.[1])

Der Crediteröffnungsvertrag ist jener Vertrag, worin Jemand sich verpflichtet, einem Anderen unter näher vereinbarten Bedingungen Credit zu gewähren.[2]) Er ist kein pactum de mutuando; denn der Creditgeber verpflichtet sich nicht gerade bloß zur Gewährung eines Darlehens, sondern überhaupt zur Creditirung. Er ist aber überhaupt kein pactum de contrahendo, sondern, da die Crediteröffnung selbst den Gegenstand des Vertrages bildet, ein contractus sui generis.[3]) Die beiden Contrahenten dieses Vertrages sind der Creditgeber und -nehmer; ersterer ist in der Regel ein Bankier; durch ihre erkennbar zustande gekommene Willensübereinstimmung wird der Vertrag perfect; einer besonderen Form bedarf es nicht. Höhe des Credites und Dauer der Creditirung hängen von der Vereinbarung ab, und falls darüber nichts vereinbart ist, entscheidet im Streitfalle das richterliche Ermessen über den Inhalt des Vertrages, über den muthmaßlichen Willen der Parteien. Der Creditgeber kann sich gegen etwaige Verluste dadurch sicherstellen, daß er Deckung verlangt, er kann diese auch zur Bedingung der Creditirung machen. Diese kann verschiedener Art sein. Der Creditnehmer kann dem Creditgeber (lediglich in Absicht auf eventuelle Ausgleichung) Werthe übergeben, welche dieser nicht in Natur aufzubewahren, sondern als Werth- und Activposten des Creditnehmers in Rechnung zu führen und in der Regel auch zu verzinsen hat, bis es zur Ausgleichung kommt, wo er dann unter den sonst erforderlichen Voraussetzungen compensiren kann.[4]) Die Deckung kann auch durch Pfand oder Bürgschaft gegeben werden. Das Pfand wird aber nicht etwa für einen noch nicht bestehenden Passiv-

---

berg's Hdb. I. S. 328; Koch, Rest der Forderung III. S. 279.

1) Vgl. Brinckmann, H. R. §. 128; Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 434; Dernburg, Pr. Pr. R. II. §. 173; Endemann, H. R. (4. Aufl.) §. 164; v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des östr. allg. Privatrechts I. Bd. 1. Heft (enthaltend Einleitung und Darlehen) §. 22 Z. 5; Gareis, H. R. §. 74; Cosack, H. R. §. 58 (III); Endemann in Ztschr. f. H. R. IV. S. 196 ff.; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XIV. S. 397 ff.; Lyon-Caen et Renault, droit comm. I. S. 776 ff.; M. Falloise, traité des ouvertures de crédit (1891).

2) Grünhut a. a. O. S. 930.

3) Vgl. Endemann in Ztschr. f. H. R. IV. S. 211; v. Schey a. a. O. S. 177.

4) Endemann, H. R. (2. Aufl.) §. 146.

posten, sondern für den Credit an und für sich gegeben[5]), und heißt daher Credithypothek. Bei Verpfändung von Immobilien entscheidet der Zeitpunkt der Eintragung für die Priorität. Das Pfand kann auch nur für einen bestimmten Creditbetrag gegeben sein, der restliche Theil des Credites ist dann ungedeckt. Ist der Credit, für welchen das Pfand bestellt ist, nur auf bestimmte Zeit gegeben, so ist es bei Prolongation des Credites Thatfrage, ob die Pfandbestellung fortbestehen bleibt oder ob es einer neuerlichen Pfandbestellung bedarf, von welchem Umstande auch die Rangordnung des Pfandrechtes abhängig ist.[6]) Der Creditnehmer hat außerdem das Recht, eine Vergütung dafür zu fordern, daß er dem anderen Contrahenten einen Theil seines Vermögens zur Verfügung stellt. Eine solche Vergütung kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein. Zumeist wird sie in der Weise geleistet, daß dem Creditnehmer Zinsen von vereinbarter bezw. gesetzlicher Höhe zur Last geschrieben werden, welche den Creditpreis bilden. Juristisch und begrifflich steht nichts im Wege, daß die Creditgewährung unentgeltlich geschehe; doch kann dann das Geschäft auf Seite des Creditgebers kein Handelsgeschäft sein.[7])

II. Aus dem Vorgesagten ergeben sich Rechte und Pflichten der beiden Vertragstheile. Insbesondere ist aber der Creditgeber verpflichtet, den versprochenen Credit so, wie er ihn versprochen hat, zu gewähren, sei es durch Auszahlung von Darlehen oder Vorschüssen oder durch Wechselaccepte oder durch Honorirung von Anweisungen u. ähnl., widrigenfalls dem Creditnehmer eine Klage auf Erfüllung des Vertrages oder auf Leistung des Interesses der Nichterfüllung zusteht.[8]) Ein einseitiges Widerrufsrecht steht dem Creditgeber nicht zu, jedoch kann er, wenn Umstände eintreten, wodurch er bei der Creditgebung an seinem Vermögen gefährdet würde, z. B. Concurs des Creditnehmers, von seinem Versprechen, creditiren zu wollen, abstehen.[9]) Der Creditnehmer hingegen ist, außer zur Deckung und zur Zahlung des Creditpreises auch noch zur Rückzahlung der auf Grund der Crediteröffnung von dem Creditgeber entnommenen Werthe verpflichtet.

§. 131.

6. Der Contocurrentvertrag.[1])

I. In dem Contocurrentvertrage kommen zwei Personen, insbesondere Kaufleute, überein, sich gegenseitig für einen bestimmten Zeitabschnitt hinsichtlich während dieser Zeit unter einander abgeschlossener Rechts-

5) Grünhut a. a. O. S. 935.

6) S. Grünhut a. a. O. S. 938 und Note 10 daselbst. [S. 931.

7) Vgl. hiezu Grünhut a. a. O.

8) Endemann, H. R. (4. Aufl.) §. 164 S. 597.

9) R. O. H. G. XXIII. S. 137.

1) Reiche und ausführliche Literaturangaben bei Grünhut in Ztschr. f. öff. u. Privatr. der Gegenw. III. (S. 472 ff.) in Note 62; und in Endemann's Hdb. III. §. 435 in Note 1; aus den dort Citirten seien hier neben Grünhut hervorgehoben: Creizenach, Der kaufmännische Contocorrent in seiner rechtlichen Bedeutung (erweit. Abdruck aus Arch. f. pract. Rechtswissensch. IV.); und in Ztschr. f. H. R. VII. S. 88 ff.; Regelsberger im Arch. f. civ. Praxis XLVII. S. 153 ff.; Voigtel in Busch's

geschäfte (nicht nothwendig aller abgeschlossenen Rechtsgeschäfte) offenen Credit zu geben und etwaige einzelne Zahlungen nicht als auf bestimmte Forderungen geleistet anzusehen, die Einzelforderungen nicht mit bestimmten Forderungen zu compensiren und auch nicht für sich allein geltend zu machen, sondern erst nach Ablauf des bestimmten Termines die von jedem Theile geleisteten Geldzahlungen und Creditirungen abzurechnen und so den Activ- oder Passivsaldo beider Theile festzustellen, deren Differenz schließlich als die einzige Forderung aus dem gegenseitigen Geschäftsverhältnisse erscheint.[2]) Der Contocurrentvertrag ist sohin nicht nur einfach ein Vertrag auf ein- oder gegenseitige Crediteröffnung, er ist ein contractus sui generis, „seine rechtliche Wirkung ist die periodische Gesammtcompensation"[3]) und Begleichung der aus der Compensation sich ergebenden Differenz der beiden Saldos. Der Contocurrentvertrag kann formlos, auch durch concludente Handlungen (thatsächliche Uebung, Zusendung periodischer Rechnungsabschlüsse) eingegangen werden. Erst aus der Compensation ergibt sich, welcher der beiden Contrahenten (Contocurrentisten) Gläubiger (Contocurrentgläubiger) und welcher von ihnen Schuldner (Contocurrentschuldner) ist. Führt nur ein Theil die Rechnung, so heißt dieser der Rechnungssteller, der andere Correspondent. Dies ist zumeist der Fall, wenn nur ein Contrahent Kaufmann, der andere Nichtkaufmann ist. Das Gesetz (Art. 291)[4]) stellt seine Bestimmungen über die Zinsen und den jährlichen Rechnungsabschluß zwar nur für die Contocurrente unter Kaufleuten auf, doch nach Handelsgebrauch haben diese Vorschriften auch dann Anwendung, wenn nur ein Theil Kaufmann ist. Gegenstand des Contocurrentvertrages können alle aus einer Geschäftsverbindung sich ergebenden Zahlungen und Forderungen sein; es ist Thatfrage, ob Wechsel und kaufmännische Verpflichtungsscheine auch Gegenstand des Contocurrents sind; in der Regel ist dies mit Rücksicht auf die Eigenart der aus Wechseln und kaufmännischen Verpflichtungsscheinen sich ergebenden Ansprüche zu verneinen.[5]) Die den Gegenstand des Contocurrentgeschäftes ausmachenden Geldleistungen und Forderungen bilden ein untheilbares Ganzes: während der Rechnungsperiode darf keine einzelne Post von der Rechnung losgelöst werden, und während der Rechnungsperiode geleistete Zahlungen sind nicht Tilgung einer

Arch. IV. S. 203 ff.; Koch ebenda IV. S. 481 ff.; Wolff ebda. XI. S. 81 ff., XII. S. 83 ff.; Ladenburg in C. O. f. H. u. W. R. (N. F.) IV. S. 173; Thöl, H. R. I. §. 317; Dernburg, Pr. Pr. R. §. 179; Endemann, H. R. §. 165; Gareis §. 73; Comm. v. Hahn, Keyßner zu Art. 291; Levy, Der Contocorrentvertrag, deutsche Ausgabe v. J. Riesser (1884); Geller in Jurist. Bl. Nr. 8—12 von 1879. — Außerdem s. Verhandlgn. des XVIII. deutsch. Juristentages; Pfizer, Antiseuffert S. 409; Comm. von Fuchsberger-Gareis, Staub zu Art. 291; Goldschmidt, System §. 111; Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 58; Greber, Das Contocurrentverhältniß (preisgekrönt v. d. Straßburger Jurist. Facultät); Feitu, Traité du compte courant (1873); Boistel, Théorie juridique du compte courant (1883).

2) v. Hahn, Staub, Comm. zu Art. 291. Zum Begriff (Form und Inhalt) des Contocurrentes s. R. G. I. S. 18 ff., XXII. S. 148 ff.; Adler-Clemens VII. Nr. 1242, IX. Nr. 1585.

3) Goldschmidt, System §. 111.

4) Vgl. ung. H. G. §. 285, bosn. §. 305.

5) Staub, Comm. §. 7 zu Art. 291 und die dort cit. Judicate d. R. O. H. G.

bestimmten Post, einer bestimmten Schuld, sondern Verminderung der Gesammtschuld des zahlenden Contocurrentisten. Die Regeln der §§. 1414 u. 1415 a. b. G. B. über die Reihenfolge, in welcher verschiedene Posten bezw. Capital und Nebengebühren als gezahlt zu betrachten sind, gelten hier nicht, da nur die Saldodifferenz der Contocurrentisten, nicht aber die einzelne unter das Contocurrentverhältniß fallende Forderung Gegenstand der Klage und Anlaß der Execution sein kann. Eben deshalb kann auch vor Ablauf der Rechnungsperiode für keine einzelne Post die Verjährung zu laufen beginnen; erst wenn die Rechnung gezogen und der Saldo festgesetzt ist, welchen der eine Contocurrentist, nunmehr Contocurrentgläubiger, von dem anderen, nunmehr Contocurrentschuldner, zu fordern berechtigt ist, beginnt die gewöhnliche civilrechtliche[6]) Verjährungsfrist rücksichtlich der aus dem Rechnungsabschlusse sich ergebenden Forderung zu laufen. Die Dauer des Contocurrentverhältnisses hängt von der Vereinbarung ab. Ist diesbezüglich eine Verabredung nicht getroffen, so steht es jedem Theile jederzeit frei, den Contocurrentvertrag zu kündigen; das Gesetz enthält keine Bestimmung über die Kündigungsfrist; jedoch hat die Kündigung keinen Einfluß auf die durch Vertrag, Gebrauch oder Gesetz festgesetzte Rechnungsperiode; vor Ablauf dieser kann das Contocurrentverhältniß nicht endigen. Sofern nicht Anderes vereinbart oder üblich ist, geschieht der Rechnungsabschluß nach dem Gesetze alljährlich (Art. 291 Abs. 2). Nur im Falle des Concurses eines der beiden Contrahenten wird der Contocurrentvertrag sofort aufgehoben, und tritt vorzeitiger Rechnungsabschluß ein, und im Falle der Creditunsicherheit kann die Dauer des Contocurrents abgekürzt und vor Ablauf der Rechnungsperiode Abrechnung und Zahlung verlangt werden.[7]) Die Uebertragung des beim Rechnungsabschlusse festgesetzten Saldos auf neue Rechnung ist Fortsetzung des Contocurrents; hiedurch aber wird der Saldo Post des neuen Contocurrents, sei es daß dieser infolge Vereinbarung oder stillschweigend erneuert wurde, und verliert seine selbständige Klagbarkeit.[8])

Für alle Posten können vom Tage der Creditirung ab Zinsen gefordert werden, sofern nicht die Parteien Anderes vereinbart haben. Für die Berechnung dieser Zinsen gibt es dreierlei Methoden[9]): 1. die Staffelrechnung, wenn der Zinsfuß für beide Theile verschieden ist, in welchem Falle jedesmal beim Hinzukommen einer neuen Post die Rechnung abgeschlossen, der Saldo ermittelt und die Zinsen für die Zeit seit der letzten Post berechnet werden; 2. die progressive Methode, wo für jede Post vom Tage ihres Eintrittes bis zum Rechnungsabschlusse Zinsen berechnet werden; 3. die retrograde Methode, bei welcher die Zinsen vorerst so berechnet werden, als ob alle Posten während der ganzen Rechnungsdauer Zinsen getragen hätten, also für alle Posten vom Tage des Rechnungsbeginnes angefangen, hierauf aber von diesem Betrage die Zinsen abgezogen werden, welche vom Tage des Rechnungsbeginnes bis

6) Vgl. §§. 1451 ff. a. b. G. B.
7) R. O. H. G. XXIII. S. 137.
8) Goldschmidt, Syst. §. 111 (S. 208).
9) Vgl. Keyßner, Comm. Nr. 10 zu Art. 291; Creizenach in Ztschr. f. H. R. VII. S. 88 ff.

zum Eintritt der einzelnen Post nicht hätten laufen sollen. Die Berechnung selbst erfolgt durch sog. Zinszahlen. Diese erhält man durch Multiplication der Post mit der dazugehörigen Anzahl von Tagen und Division durch 100. Das Resultat durch den Nenner des die Zinsen eines Tages anzeigenden Bruches dividirt gibt die Zinsen.[10])

Außer den Zinsen kann der Contocurrentgläubiger auch noch eine Provision verlangen. Nach Rechnungsschluß erfolgt die Abrechnung. Zunächst übersendet jeder Theil (bezw. der rechnunglegende) dem andern den Rechnungsauszug, Contocurrent genannt, was als Anerkennung des Rechnungsstellers rücksichtlich seiner eigenen Schuld und als Behauptung hinsichtlich seiner Forderungen gegenüber dem anderen Theil gilt. Diese Anerkennung kann er aber wegen Irrthum oder dolus anfechten (Art. 294 H. G. B.). Daher ist es überflüssig, daß die Clausel „Irrthum und Auslassung vorbehalten", „S. E. & O." = „sauf erreur et ommission" oder „salvis erroribus et ommissionibus" beigesetzt wird. Anerkennt der andere Theil den Rechnungsauszug, so vollzieht sich hiedurch die Abrechnung, während andernfalls der Rechnungssteller die Richtigkeit jeder Debetpost beweisen müßte. Für den so festgestellten und anerkannten Saldo läuft — falls er nicht neuerlich auf Rechnung übertragen wird — von diesem Tage ab die Verjährungsfrist, sowie auch von diesem Tage ab der Contocurrentgläubiger Zinsen zu fordern berechtigt ist (Art. 291 Abs. 1), und zwar wenn nichts Anderes vereinbart ist, 6 % (Art. 292).

II. Ein sog. einfaches Contocurrentverhältniß (offenes Conto, laufende Rechnung) liegt vor, wenn zwei Parteien ohne Contocurrentvertrag in laufender Geschäftsverbindung stehen und nicht sofort jeden einzelnen Geldanspruch abwickeln[11]), wo der Saldo das Ergebniß einzelner Compensationen und Abschlagszahlungen ist.[12])

III. Ein offenes Conto (Contoeröffnungsvertrag) besteht auch darin, daß wenn bloß auf der einen Seite Credit gewährt wird, während der andere Theil successive abzahlt, oder auch abwechselnd wieder Credit nimmt. Die wirthschaftlichen Bedürfnisse des Einzelnen, wie das geschäftliche Leben des Kaufmannes, können es insbesondere mit sich bringen, daß Jemand, der bei Jemandem Werthpapiere oder Geld hinterlegt hat, einen Theil dieses seines Depositums wieder herausnehmen oder künden muß, um anderweitigen Verpflichtungen nachzukommen. Hat er bei dem Bankier einen Wechsel oder sonst ein Werthpapier deponirt, so wäre er dann gezwungen, das ganze Papier, den ganzen Wechsel herauszunehmen, zu verkaufen und den nach Erfüllung der fälligen Verpflichtung noch erübrigenden Rest selbst auf eigene Gefahr, mit eigener Mühe aufzubewahren. Dessen wird er überhoben, indem der Bankier ihm auf Grund seines Depositum ein Conto eröffnet, in welchem die

---

10) Für G = 1000 fl. auf 120 Tage creditirt erhält man die Zinszahl $\frac{1000 \times 120}{100} = 1200$; bei 4% kommt für 1 Tag $\frac{4}{360} = \frac{1}{90}$ fl. als Zins. Daher $\frac{1200}{90} = 13^1/_3$.

11) Cosack, H. R. §. 58, II.

12) Goldschmidt, System a. a. O.; Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 439.

einzelnen Posten ab- und zugeschrieben werden; der Depositar (gewöhnlich ein Bankier) nimmt die Gelder und Werthpapiere des Deponenten in laufende Rechnung, er gibt ihm, ohne die Werthpapiere selbst anzutasten, zeitweise einen Theil zurück, über den dieser frei verfügen kann (Debet). Was dieser einlegt, wird ihm gutgeschrieben (Haben). Auf beiden Seiten werden Zinsen gerechnet, und alle Geschäfte, welche sonst einzeln jedes für sich abgeschlossen werden, werden nun in laufender Rechnung gemacht. Der Deponent hat hier den Vortheil, nicht Werthpapiere verkaufen, nicht Geld beziehen und aufbewahren zu müssen, das er nicht braucht, und die Zinsen davon verlieren zu müssen, der Bankier aber verdient die Provision und die Zinsen. Gewerbsmäßig betrieben ist dies Geschäft Handelsgeschäft nach Art. 272 Z. 2, und wer gewerbsmäßig Gelder oder Werthpapiere Anderer in laufende Rechnung nimmt, d. h. Anderen ein Conto eröffnet, ist Bankier.

§. 132.

7. Das Pfand- und insbesondere Depotgeschäft.[1])

I. Zu den Creditgeschäften gehören auch jene Geschäfte, welche dazu dienen, den Creditgeber gegen die Gefahr des Verlustes sicher zu stellen, und dadurch nicht nur indirect die Erhaltung oder Fortsetzung eines gewährten, sondern auch die Erlangung eines erst zu gewährenden Credites herbeiführen können. Solche Rechtsgeschäfte sind außer den bereits oben (§. 115) besprochenen Befestigungsmitteln der Verträge noch das Pfandgeschäft, insbesondere das sog. Depotgeschäft, und das Lombardgeschäft und die Pfandleihe.

II. Das Pfandgeschäft[2]) ist vertragsmäßige Bestellung eines Pfandrechtes zur Sicherung einer Forderung (vgl. §. 1368 a. b. G. B.).[3]) Derjenige Contrahent, welcher dem Anderen das Pfandrecht zur Sicherstellung seiner Forderung einräumt, ist der Verpfänder, der Andere der Pfandnehmer. Gegenstand des Pfandvertrags kann nach bürgerlichem Rechte jede im Verkehre stehende Sache sein (§. 448 a. b. G. B.). Im Handelsverkehre — und daher auch nach dem H. G. B. (Art. 309 u. ff.)[4]), bilden nur bewegliche Sachen den Gegenstand des Pfandvertrages. Wenn

1) Gad, H. R. §§. 83—89; Thöl, H. R. I. §. 314; Goldschmidt, H. R. I. S. 602, 665, 875 ff.; Endemann, H. R. 167; Gareis, H. R. §. 73 und in v. Holtzendorff's Rechtslexikon unter Depotgeschäft; Stobbe, D. Pr. R. II. §. 155; Windscheid, Pandecten §§. 381, 382; Koch, Recht der Forderungen III. §§. 278 ff.; Dernburg, Pfandrecht I. S. 141 ff.; Pr. Pr. R. I. §§. 355 ff.; Kuntze, Inhaberpapiere S. 691 ff.; Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 225 ff.; Pfaff, Das Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung (1868); Hübner, Die Banken I. S. 7, 101; Wagner, Zettelbankpolitik S. 368 ff. u. in Schönberg's Hdb. I. S. 324 ff.; G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §§. 440 ff., woselbst in §. 440 Note 1 außer obigen Citaten noch reiche Literatur angeführt erscheint.

2) Ueber die verschiedenen für dieses Geschäft gebräuchlichen Namen wie Verpfändungsgeschäft, Pfandvertrag, Handelspfandvertrag siehe G. Cohn a. a. O. §. 440 Note 2; im östr. Börsengesetze v. 1. April 1875 §. 15 „Pfandgeschäft“.

3) Vgl. G. Cohn a. a. O. §. 440 S. 961. [§§. 319 ff.

4) Vgl. ung. H. G. §§. 300 ff.; bosn.

Werthpapiere oder überhaupt vertretbare Sachen verpfändet werden, so wird das Geschäft auch Depotgeschäft (oder auch Versatz- oder Deckungsgeschäft) genannt. Im Geschäftsverkehre wird das Object des Handelspfandgeschäftes auch oft als Deckung, Depot oder Gegensatz[5]), und bei Verpfändung von Geld oder fungiblen Werthpapieren Caution[6]) genannt. Das Pfandgeschäft kommt im Handesverkehre zumeist als accessorisches Handelsgeschäft vor (Art. 273, 274), sofern das Pfand einem Kaufmanne gegeben oder von einem Kaufmanne im Betriebe des Handelsgewerbes genommen wird.[7]) Es ist quaestio facti, ob das einzelne Pfandgeschäft im Betriebe des Handelsgewerbes eingegangen wurde oder nicht. Nur selten ist es absolutes Grundhandelsgeschäft für den Pfandnehmer: dann nämlich, wenn die Pfandannahme vertretbarer Sachen (pignus irregulare) zum Zwecke der Weiterveräußerung erfolgt (s. oben §. 117 II.). Der Verpfänder ist vor allem verpflichtet, den Pfandnehmer in den Besitz oder in die Verfügungs- bezw. Benützungsmöglichkeit des Pfandobjectes zu setzen. Wie dies geschieht, wurde rücksichtlich des kaufmännischen Pfandrechtes bereits oben erörtert (§. 96); liegen aber die oben erwähnten Voraussetzungen des Art. 309 nicht vor, so kommt das bürgerliche Recht zur Anwendung. Kann der Schuldner das ausbedungene Pfand nicht übergeben, da er es verloren oder ganz oder theilweise weiter veräußert hat, so muß er ein anderes gleichwerthiges Object als Pfand geben[8]) oder die zu sichernde Forderung sofort bezahlen. Der Pfandgeber haftet für die Vertragsmäßigkeit des Pfandes. Wenn der Werth des Pfandobjectes durch Verschulden des Pfandgebers oder wegen eines erst nachträglich offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend befunden wird, so ist der Pfandnehmer berechtigt, vom Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu verlangen (§. 458 a. b. G. B.); sog. Recht auf Nachschuß.[9]) Die Werthverminderung hat der Pfandnehmer zu beweisen. Wird eine fremde Sache ohne Einwilligung ihres Eigenthümers verpfändet, so hat der Eigenthümer der Sache nach bürgerlichem Recht allerdings das Recht, die Sache zurückzufordern. Nur wenn der Pfandgeber beweisen kann, daß er die Pfandsache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgelt von Jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Eigenthümer selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte, ist der Eigenthümer verpflichtet, entweder den red-

---

5) Thöl, H. R. I. §. 314 Note 1.

6) Pfaff a. a. O. S. 6; Goldschmidt, H. R. S. 908 Note 5, S. 912 Note 29; Dernburg, Pr. Pr. R. §. 356; R. O. H. G. VI. S. 438. — Gegen die von Exner und Pfaff vertretene Ansicht, daß der Cautionsnehmer ein pendentes Pfandrecht bezw. ein Pfandrecht an der gegen ihn bestehenden Forderung habe, s. Hanausek, Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch S. 165 ff.; Leonhard in Ztschr. f. H. R. XXV. S. 431.

7) G. Cohn a. a. O. §. 440 S. 962.

8) G. Cohn a. a. O. §. 441 S. 975 Note 95.

9) G. Cohn a. a. O. §. 441 S. 977; Fischer-Ellinger, Oestr. Civ. R. S. 291 ff.

lichen Pfandinhaber schadlos zu halten oder das Pfand fahren zu lassen, und sich mit dem Ersatzrechte gegen den Verpfänder zu begnügen (§. 456 a. b. G. B.). Zur Versicherung der Pfandsache, sowie zur Bearbeitung derselben ist der Pfandgeber nur dann verpflichtet, wenn er sich ausdrücklich hiezu verpflichtet hat.[10]) Der Pfandgeber trägt die in seinem Interesse rücksichtlich des Pfandobjectes erwachsenen Kosten, z. B. Versicherung oder Transport zu vortheilhaftem Verkauf[11]); haftet für den Schaden, welchen die Pfandsache durch seine Arglist oder Nachlässigkeit dem Pfandnehmer verursacht, und hat, falls die Pfandbestellung seinerseits Handelsgeschäft ist, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu prästiren (Art. 282).

Der Pfandnehmer ist verpflichtet, die Pfandsache aufzubewahren, und zwar wenn das Geschäft seinerseits Handelsgeschäft ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes (Art. 282).[12]) Ist ein Ort der Aufbewahrung vereinbart, so darf er diesen ohne Zustimmung des Schuldners nicht ändern, außer es wäre die Sache an diesem Orte in Gefahr. Der Pfandnehmer hat auch die Pfandsache zu verwalten, sofern sie der Verwaltung bedarf, insbesondere die Früchte derselben zu verwerthen; zur Versicherung ist er nur verpflichtet, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde. Die nothwendigen Kosten der Erhaltung trägt er nur soweit, als dies vereinbart wurde und Deckung vorliegt.[13]) Zum Gebrauche oder zur Nutzung der Sache ist er nur berechtigt, wenn ihm dies ausdrücklich durch Vertrag gestattet ist, widrigenfalls er selbst den Zufall zu tragen hätte. Er hat von jedem Verluste oder Schaden den Pfandgeber zu verständigen, und diesem auf Verlangen jederzeit die Pfandsache vorzuweisen oder von ihm bearbeiten zu lassen. Nach erfolgter voller Befriedigung ist die Pfandsache nebst Zubehör und Früchten zurückzustellen[14]) (§. 469 a. b. G. B.) oder falls dies unmöglich ist, vollen Schadenersatz zu leisten, d. i. nach Art. 283 H. G. B. sowohl damnum emergens als lucrum cessans. Zu vollem Schadenersatz ist der Pfandnehmer auch dann verpflichtet, wenn er bei Erfüllung seiner Forderung sich weigert, die Sache herauszugeben. Wird nach Verlauf der vertragsmäßig bestimmten Zeit seine Forderung nicht befriedigt, so hat er das Recht, das Pfand zu verkaufen (§. 461 a. b. G. B.), wobei er an die diesbezüglichen gesetzlichen[15]) und contractlichen Bestimmungen gebunden ist und das Interesse des Verpfänders zu wahren hat, widrigenfalls er zu Schadenersatz verpflichtet wäre. Der Ueberschuß des Erlöses über die

---

10) G. Cohn a. a. O. §. 441 S. 978; R. G. I. S. 352.

11) G. Cohn a. a. O. §. 441 S. 976.

12) „Die Unterbringung in einer staatlich zur Aufbewahrung ermächtigten Anstalt oder in einem anderen allgemein für sicher angesehenen Aufbewahrungsort ist als sorgfältige Verwahrung anzusehen" (G. Cohn a. a. O. §. 442 S. 979). — Vgl. c. 9. C. IV. 24: „si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint."

13) G. Cohn a. a. O. §. 442 S. 480.

14) Ueber das gemeinrechtliche Retentionsrecht s. G. Cohn a. a. O. §. 442 S. 984 u. die dort Citirten, und Endemann, H. R. §. 167.

15) §§. 462 ff. a. b. G. B., §§. 311 ff. a. G. O. Wegen Art. 310 u. ff. H. G. B. s. oben §. 96.

dem Pfandvertrage zu Grunde liegende Schuld (hyperocha) hat er dem Pfandgeber herauszugeben (§. 464 a. b. G. B), sowie er umgekehrt, wenn der Erlös des Pfandes seine Forderung nicht deckt, einen Anspruch auf Zahlung des noch fehlenden Betrages durch den Pfandgeber hat (§. 464 a. b. G. B.).

§. 133.

8. Die Pfandleihe, insbesondere das Lombardgeschäft.[1])

Wird durch das Pfandrecht eine Darlehensforderung gesichert, so nennt man dies je nach der Natur des Pfandobjectes Pfandleihe oder Lombardgeschäft[2]), und zwar wenn Edelmetalle, Münzen, Werthpapiere und Kaufmannswaare Pfandobject sind, Lombardgeschäft, sonst, z. B. wenn Schmuck, Juwelen, Pretiosen 2c. zum Pfande gegeben werden, Pfandleihe (Pfandleihegeschäft).[3]) Das Lombard- oder Pfandleihegeschäft setzt sich aus Darlehen und Pfandgeschäft zusammen. Es ist daher nur dann Handelsgeschäft, wenn beide dasselbe zusammensetzenden Geschäfte Handelsgeschäfte sind. Es ist sohin in der Regel accessorisches Handelsgeschäft (Art. 273, 274). Relatives Grundhandelsgeschäft ist es nur, wenn es Bankiergeschäft ist (Art. 272 Abs. 1 Z. 2). Bankiergeschäft ist aber nur das Darlehen gegen Verpfändung von Edelmetallen, Münzen, Werthpapieren und Kaufmannswaaren (Banklombard). Wer solche Lombardgeschäfte gewerbsmäßig als Lombardeur betreibt, ist Kaufmann, nicht aber der gewerbsmäßige Pfandleiher. Beide Geschäfte, das Lombardgeschäft und das Pfandleihegeschäft, haben zur Voraussetzung, daß das Darlehen zwischen denselben Contrahenten wie der Pfandvertrag, d. i. zwischen dem Lombardeur (Pfandleiher) und dem Verpfänder abgeschlossen werden.[4]) Juristische Eigenarten bieten diese beiden Geschäfte nicht; sie tragen die Eigenschaften der Geschäfte an sich, aus welchen sie sich zusammensetzen, des Darlehens[5]) und des Pfandgeschäftes.[6]) Für das Lombardgeschäft enthalten die Statuten der dasselbe betreibenden Banken einzelne Bestimmungen, während rücksichtlich der Pfandleihe theils die Concessionsbedingungen der Pfandleiheanstalten (§. 15 Z. 13), theils die Statuten derselben nähere Bestimmungen enthalten.[7])

---

1) Thöl, H. R. §. 28 Note e; Goldschmidt, H. R. I. S. 879; G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 443; Gareis, H. R. §. 72.

2) In den Definitionen ist bald das Darlehen, bald die Verpfändung mehr betont, vgl. Goldschmidt a. a. O. in 1. Aufl. S. 879: „Pfandnahme gegen Vorschüsse"; 2. Aufl. S. 602: „Geben von Darlehen gegen Verpfändung von Waaren"; Thöl a. a. O. „Darlehensgeschäfte gegen Wechsel oder gegen bewegliches Pfand"; Endemann a. a. O. §. 167 S. 608 „Darlehen durch Verpfändung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, namentlich auch von Werthpapieren"; Anschütz und v. Völderndorff, Comm. III. zu Art. 272 (S. 34): „Leihen auf Faustpfand"; Gareis, H. R. §. 72, faßt es als Combination von Darlehens- und Faustpfandvertrag auf; vgl. auch R. G. XXI. S. 33 ff.

3) G. Cohn a. a. O. S. 989.

4) G. Cohn a. a. O. S. 990.

5) Siehe oben §. 125.

6) Siehe oben §. 132.

7) Vgl. Statuten f. Pfandleihgesellschaft in Wien, durch Min. Vdg. vom 28. Juni 1864 Nr. 67 R. G. B. kundgemacht.

§. 134.

c) Zahlungsgeschäfte.[1])

1. Allgemeines.

I. Schon oben (§. 111) wurde der Zahlung als einer Erfüllungsart der Geschäfte und Verträge gedacht. Aber die Zahlung ist nicht nur Erfüllung eines Vertrages (solutio), sondern sie begründet sehr häufig erst einen Vertrag, z. B. Zuzählung eines Darlehens. Hienach wird zwischen obligatorischer und solutorischer, schuldbegründender und schuldtilgender Zahlung unterschieden. Die Zahlung kann direct ohne Hinzutritt einer dritten Person zwischen Zahler und Empfänger der Zahlung geschehen oder indirect durch eine Mittelsperson, welche, abgesehen von der Cession, als Zahler (Zahlungsanweisung) oder als Zahlungsempfänger (Einziehungsanweisung) auftreten oder auch die Zahlung nur versprechen kann oder sich versprechen lassen kann (Creditanweisung). Die Ursache, aus welcher der Dritte zahlt oder empfängt, verspricht oder sich versprechen läßt, kann eine verschiedene sein und bestimmt sich nach dem Rechtsverhältnisse, das zwischen dem Dritten und Jenem besteht, für den er zahlt, empfängt, verspricht oder sich versprechen läßt. Der dazwischen tretende Dritte kann für den Zahler zahlen oder versprechen, entweder um hiedurch seine Schuld an seinen Auftraggeber zu tilgen, oder um diesem eine Schenkung zu machen, diesem Credit zu geben, oder er zahlt aus Geldbeträgen, die er von diesem in Händen hat (so z. B. beim Check, bei der Postanweisung); und ebenso kann ein Dritter empfangen oder sich versprechen lassen, um das Empfangene seinem Auftraggeber oder einem Anderen wieder herauszugeben, oder um es als Schenkung, als Schuldtilgung, als Credit seitens Jenes zu behalten, für den er empfängt. Die Zahlung erfolgt entweder baar oder durch Compensation, Novation oder durch datio in solutum. Hier kann im Allgemeinen auf die Regeln des Civilrechtes[2]) und auf das oben (§. 111) Gesagte verwiesen werden.

II. Die Zahlung ist nicht nur eine Handlung, eine einfache Thatsache, sie ist ein Rechtsgeschäft[3]), und nach gegenwärtig herrschender Mei-

---

1) Vgl. außer der in den folgenden Paragraphen angeführten Specialliteratur: Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Rechte (1871); Gad, H. R. §§. 65 bis 68; Thöl, H. R. I. §§. 316—345; Goldschmidt, H. R. I. §§. 102—109; Endemann, H. R. §§. 149—158; Gareis, H. R. §. 75; Koch, Recht der Forderungen S. 610 ff.; Dernburg, Pr. Pr. R. II. §§. 92 ff.; v. Salpius, Novation u. Delegation (1869); Danz, Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter (1886); R. Koch in Busch's Arch. XXIX. S. 343 ff. (in Ges. Vortr. u. Auff. S. 109); Schauberg in Ztschr. f. H. R. XI. S. 193 u. die dort Citirten; Gruchot in seinen Beitr. XVIII. S. 842; Römer, Abhandl. I. S. 1, 78, 92; v. Canstein im Arch. f. bürg. R. IV. S. 1 ff.; Goldschmidt, System §. 113; Cohn, Die volkswirthschaftliche Bedeutung der Zahlungsgeschäfte.

2) a. b. G. B. §§. 1411 u. ff.; vgl. hiezu v. Stubenrauch, Comm. (bearb. v. Schuster u. Schreiber) II. zu §§. 1411 und folgende.

3) Gruchot a. a. O. S. 12; Endemann §. 149; Behrend in Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 406; G. Cohn a. a. O. §. 444 S. 1000; Erk. des R. G. in Ztschr. f. H. R. XXVII. S. 550.

nung[4]) ein Vertrag. Aber nicht nur die Geschäfte, welche baare Zahlung zum Gegenstande haben, sondern auch solche, welche ohne Baarzahlung die Geldüberreichung oder Schuldtilgung zum Gegenstande haben (z. B. Compensation, Novation), werden Zahlungsgeschäfte genannt.

Alle Zahlungsgeschäfte sind accessorische Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen werden (Art. 273 Abs. 1)[5]), ohne daß gerade die Zahlung einem Handelsgeschäfte entspringen muß. Auch die Präsumtion des Art. 274 Abs. 1 greift hier platz, wogegen die von einem Kaufmanne gezeichneten Quittungen nicht unter die Vermuthung des Art. 274 Abs. 2 fallen, es wäre denn, daß hinter der Form der Quittung ein wahres Leistungsversprechen verborgen wäre.

Relative Grundhandelsgeschäfte aber sind die Zahlungsgeschäfte nur, insoweit sie Bankiergeschäfte sind und gewerbsmäßig betrieben werden (Art. 272 Z. 2). Bankiergeschäfte aber können sein: 1. Annahme von Zahlungen für fremde Rechnung, 2. das Incassogeschäft, 3. Zahlungsleistung für fremde Rechnung, 4. Ertheilung von Zahlungsanweisungen und Creditbriefen auf Dritte, 5. das Giro- oder Umschreibungsgeschäft.

Absolutes Handelsgeschäft ist nur die Annahme an Zahlungsstatt zum Zwecke der Weiterveräußerung (Art. 271 Z. 1).[6])

§. 135.

2. Die Zahlungsanweisung.[1])

I. Ursprünglich nur den Auftrag, sich zu verpflichten, bedeutend, ward der Begriff Anweisung später auch auf den Auftrag zu zahlen ausgedehnt, und auch gegenwärtig werden unter Anweisung in weiterem Sinne beide obenerwähnten Arten der Anweisung verstanden, nämlich die

4) Vgl. Savigny, Syst. d. röm. R. III. S. 312; Windscheid, Pandecten §. 171 Note 3; Unger, System d. östr. Pr. R. II. S. 170 Note 4 u. 5; Kniep, Einfluß der bedingten Novation S. 102; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XVII. S. 668 ff.; Regelsberger in Krit. Vierteljahrsschrift XV. S. 161; Cosack, Anfechtungsrecht S. 139 Note 18; Kohler in Jhering's Jahrb. XVII. S. 261; G. Cohn a. a. O. §. 444 S. 1000; R. O. H. G. V. S. 155, XXIII. S. 143. Anders Gruchot a. a. O. S. 12 ff.; Lepa, Lehre vom Selbsteintritte des Commissionärs S. 240.

5) R. O. H. G. XXIII. S. 144; v. Hahn, Comm. II. §. 8 zu Art. 273.

6) S. oben §. 117.

1) Ausführliche Literaturangaben bei G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 451 Note 1. Hier seien nur hervorgehoben: Thöl, H. R. I. §§. 325—331; Windscheid, Pandecten §. 112; v. Salpius, Novation und Delegation S. 6 bis 14, 467—491; Ladenburg, Die Anweisung und der gezogene Wechsel (1858); dann in Ztschr. f. H. R. XI. S. 72 ff.; in Siebenhaar's Arch. XVI. S. 1 ff.; in Busch's Arch. X. S. 35 ff.; Creizenach in Ztschr. f. französ. Civilrecht VII. S. 317 ff.; Dernburg, Pr. Pr. R. II. §. 52 ff.; Gruchot in seinen Beitr. XVIII. S. 475 ff.; Koch, Die Lehre vom Uebergange der Forderungsrechte S. 226 ff. — Geschichtliches bei Gengler, Deutsches Pr. R. §. 103 Note 7; Stobbe in Ztschr. f. H. R. VIII. S. 28 ff., XI. S. 427 ff.; Neumann ebda. VII. Beilageheft S. 103 ff.; Brunner ebenda S. 228 Note 2; Endemann, Studien I. S. 97 ff., II. S. 234 ff.; Wendt, Das allg. Anweisungsr. (1895).

sog. Delegation (auch Credit- oder Promissionsanweisung)[2]) — mandatum promittendi, und Zahlungsanweisung (auch schlechtweg Anweisung im engeren Sinne genannt) — mandatum solvendi. Nur von letzterer soll hier die Rede sein, und zwar auch von dieser nur insoferne, als eine Geldzahlung den Gegenstand der Anweisung bildet (sog. Geldzahlungsanweisung im Gegensatze zur Waarenanweisung). Die Geldzahlungsanweisung aber zeigt wieder verschiedene Arten, indem sich neben der civilrechtlichen Anweisung im kaufmännischen Verkehre noch besondere Formen und Arten der Anweisung entwickelten, die sog. kaufmännische Anweisung des H. G. B., der Check und das Accreditiv.

Die Zahlungsanweisung (oder Assignation) überhaupt birgt ein zweifaches Mandat in sich; einerseits den Auftrag des Ausstellers der Anweisung (Assignant) an eine zweite Person (Assignatar), einer dritten Person (Assignat) zu zahlen, und andererseits den Auftrag des Assignanten an den Assignaten, die Zahlung vom Assignatar anzunehmen (§. 1401 a. b. G. B.). Eine Zahlungsanweisung, deren Assignant oder Assignat Kaufmann ist, gilt als eine kaufmännische Anweisung im Sinne des H. G. B. (Art. 300, 301).[3])

Im Allgemeinen finden auf Anweisungen die Vorschriften des a. b. G. B. Anwendung (§§. 1401—1410); nur rücksichtlich der sog. kaufmännischen Anweisungen enthält das H. G. B. in Art. 300 u. ff. einzelne Bestimmungen, und rücksichtlich der Checks und Creditbriefe bestehen Sonderbestimmungen. Diese drei besonderen Arten der Anweisungen sollen nun im Folgenden unter Voraussetzung und vergleichender Heranziehung der civilrechtlichen Vorschriften für Anweisungen näher erörtert werden.

II. Schon das a. b. G. B. anerkennt in §. 1410 die für Handelsleute rücksichtlich der Anweisungen bestehenden besonderen Vorschriften. Kaufmännische Anweisungen im Sinne des H. G. B. sind, wie bereits oben erwähnt wurde, solche, die auf einen Kaufmann (Art. 300), oder von einem Kaufmanne (Art. 301) ausgestellt sind. Das H. G. B. gibt für diese zwei Kategorieen kaufmännischer Anweisungen verschiedene Vorschriften.

1. Rücksichtlich der auf einen Kaufmann ausgestellten Anweisungen handelt das H. G. B. ex professo allerdings nur von der Frage, wann ein Kaufmann durch eine auf ihn ausgestellte Anweisung verpflichtet erscheint; nichtsdestoweniger aber lassen sich aus dem Wortlaute des Art. 300 H. G. B. sowie aus dem Verhältnisse des Art. 300 zu den Art. 301 u. ff. doch einzelne andere Sätze für die auf Kaufleute ausgestellten Anweisungen ableiten. Vorerst ergibt sich aus Art. 300, daß die auf einen Kaufmann ausgestellten Anweisungen mündlich oder schriftlich ertheilt sein können.[4]) Allerdings ist es richtig, daß der im ersten Satze des cit.

2) „Creditanweisung" bezeichnet auch die nicht auf Schuld gezogene Zahlungsanweisung (G. Cohn a. a. O. §. 451 S. 1095 Note 7).

3) Vgl. ung. H. G. §§. 291—294; bosn. §§. 312, 313.

4) Anders Gareis S. 607; dagegen G. Cohn a. a. O. S. 1114 Note 43.

Artikels gebrauchte Ausdruck „Aussteller" regelmäßig nur von schriftlichen Erklärungen gebraucht wird, aber nichtsdestoweniger dürfte in der fraglichen Gesetzesstelle (Art. 300 Satz 1) das Wort „Aussteller" nur aus Mangel eines auch die mündliche Anweisung mit umfassenden Ausdruckes gebraucht sein[5]); denn sonst hätte es im zweiten Satze des cit. Artikels, welcher dem schriftlichen Accepte einer „schriftlichen Anweisung" eine besondere Wirkung beimißt, nicht des ausdrücklichen Beisatzes des Wortes „schriftlich" bedurft. Die Fassung des Art. 300 läßt daher schließen, daß der zweite Satz dieses Artikels in offenbarem Gegensatze zum ersten Satze bloß von schriftlichen Anweisungen spricht[6]), der erste Satz sich sohin auch auf mündliche Anweisungen bezieht. Nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes wird der Kaufmann aus einer auf ihn bezogenen Anweisung nur dann verpflichtet, wenn er sich hiezu verbindlich gemacht hat. Dies geschieht durch die Erklärung des Bezogenen, die Anweisung anzunehmen (Accept). Das Accept kann sowohl rücksichtlich der schriftlichen als der mündlichen Anweisung schriftlich oder mündlich erfolgen. Das schriftliche Accept der schriftlichen Anweisung kann entweder — wie das schriftliche Accept der mündlichen Anweisung — in besonderer Urkunde, oder auf der Anweisung selbst geschehen. Letztere muß nach Art. 303 Satz 2 geschrieben und unterschrieben sein; das Gesetz sagt aber nicht, von wem sie geschrieben und unterschrieben sein muß. Daß sie von dem Bezogenen unterschrieben sein muß, ist klar; denn nur der allein kann sich über die Annahme einer Anweisung erklären, auf den sie ausgestellt ist, und nur der Unterschriebene allein wird verpflichtet. Dies schließt aber nicht aus, daß die Annahmeerklärung durch einen Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten des Assignaten geschehen kann, denn die vom Procuristen oder Bevollmächtigten kraft ihrer Befugnisse für den Principal gegebene Unterschrift ist für diesen verbindend. Nicht aber ist es nothwendig, daß die Annahmeerklärung selbst vom Assignaten geschrieben ist; das Wort „und" in Art. 303 Abs. 1 ist nicht conjunctiv aufzufassen. Eine bestimmte Form der Annahmeerklärung ist nicht vorgeschrieben; es kann daher unter Umständen auch die einfache Niederschreibung des Namens des Assignaten auf der Vorderseite der Urkunde als Annahmeerklärung gelten.[7]) Denn wenn auch die Bestimmung des Art. 21 Abs. 3 der Wechselordnung, wonach es als unbeschränkte Annahmeerklärung gilt, wenn der Bezogene (Trassat) bloß seinen Namen oder seine Firma ohne weiteren Beisatz auf die Vorderseite des Wechsels schreibt, hier nicht anwendbar ist[8]), so kann doch aus den Umständen[9]) (arg. Art. 278) und aus dem Geschäftsgebrauch[10]) (Art. 279) hervorgehen, daß der Assignat die Anweisung durch die bloße Unterschrift

5) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 301.

6) Brix, H. G. B. (Comm.) zu Art. 300.

7) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 300.

8) Anders Keyßner, H. G. B. Note 6 zu Art. 300; siehe dagegen v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 300; Puchelt, Comm. II. Nr. 6 zu Art. 300.

9) Staub, Comm. §. 6 zu Art. 300.

10) v. Hahn, Comm. II. zu Art. 300; Puchelt, Comm. II. zu Art. 300.

seines Namens acceptiren wollte.[11]) Der schriftlichen Annahmeerklärung auf einer schriftlichen Anweisung verleiht das Gesetz eine besondere Rechtswirkung: sie gilt, sofern nicht aus dem Inhalte der Urkunde oder aus einer dem Assignatar mitgetheilten Uebereinkunft zwischen Assignat und Assignant oder endlich aus einer bei Ertheilung des Acceptes dem Assignatar gegebenen Erklärung Anderes bezw. das Gegentheil sich ergibt[12]), oder sofern nicht den Assignatar ein dolus trifft, indem er von der zwischen dem Assignaten und dem Assignanten getroffenen Uebereinkunft, daß die Acceptation nicht dem Assignatar gegenüber abgegeben werden sollte, bei Uebergabe der Anweisung wußte, als ein dem Assignatar geleistetes Zahlungsversprechen[13]) (Art. 300 Satz 2), gleichviel wer die Annahmeerklärung thatsächlich veranlaßt oder eingeholt hat.[14])

Die Ausstellung einer auf einen Kaufmann bezogenen Anweisung braucht kein Handelsgeschäft zu sein[15]), die Annahme einer solchen aber seitens des bezogenen Kaufmannes ist entweder accessorisches Handelsgeschäft auf Grund der Art. 273 u. 274 oder subjectives Handelsgeschäft auf Grund des Art. 272 Abs. 2.

Die auf einen Kaufmann bezogene Anweisung ist an sich nicht indossabel, selbst dann nicht, wenn sie, was statthaft ist, an Ordre lautet, sofern nicht etwa der Aussteller Kaufmann ist, in welchem Falle sie unter die zweite Kategorie fällt (siehe unter 2).

2. Die von einem Kaufmanne ausgestellte Anweisung kann gleichfalls schriftlich oder mündlich ertheilt werden. Zur Giltigkeit einer solchen Anweisung ist nicht erforderlich, daß sie das Empfangsbekenntniß der Valuta enthalte (Art. 301 Abs. 2). Gegenstand der Anweisung muß eine Leistung von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen oder nicht auf Namen lautender Werthpapiere sein. Die Leistung selbst muß von einer Gegenleistung unabhängig sein.[16]) Die Annahmeerklärung geschieht hier wie bei den auf einen Kaufmann ausgestellten Anweisungen, mündlich oder schriftlich mittels abgesonderter Urkunde oder auf der Anweisung selbst. Die Anweisung kann an Ordre lauten oder nicht. In ersterem Falle ist sie indossabel, in letzterem Falle kann sie nur durch Cession übertragen werden.[17]) Rücksichtlich des Indossamentes kann hier auf das oben (§. 102) Gesagte verwiesen werden.

Sowohl die Ordre- als die Recta-Anweisung sind amortisabel; Art. 305 Abs. 2 spricht nicht nur von indossablen Anweisungen, sondern überhaupt von den in Art 301 angeführten Papieren.

---

11) G. Cohn a. a. O. §. 452 S. 1115.

12) v. Hahn, Comm. II. §. 6 zu Art. 300; G. Cohn a. a. O. §. 452 S. 1115; Staub, Comm. §. 7 zu Art. 300.

13) R. O. H. G. VII. S. 206; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. zu Art. 300 (S. 112).

14) Willenbücher, H. G. (Comm.) Nr. 2 zu Art. 300.

15) R. O. H. G. IX. S. 114; Cohn, a. a. O. S. 114; v. Hahn §. 3 zu Art. 300.

16) Nicht so Art. 300.

17) So auch Art. 300.

§. 136.

3. Der Check.[1])

Ein Mittelding zwischen Anweisung und Wechsel, und doch zugleich ein eigenartiges juristisches Gebilde, erzeugt durch das Bedürfniß des Verkehres und der Geldwirthschaft, ist der Check[2]), mittels dessen Jemand über einen ihm von einem Anderen (gewöhnlich einem Bankier) eingeräumten Credit oder über sein bei diesem erliegendes Guthaben (Depositum) zu seinen eigenen oder zu eines Dritten Gunsten verfügt, sei es, daß dieses Guthaben oder der angewiesene Betrag ihm abgeschrieben und dem Dritten zugeschrieben oder dem Dritten ausbezahlt wird. Von der Anweisung unterscheidet sich der Check insbesondere noch dadurch, daß der Aussteller desselben entweder vertragsmäßig seitens des Bezogenen oder durch Gesetz zur Ausstellung von Checks ermächtigt sein muß, vom

---

1) Ausführliche und reiche Literaturangaben bei G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 454 Note 1. — Hier seien außer G. Cohn a. a. O. selbst hervorgehoben: Thöl, H. R. I. §. 28; Goldschmidt, H. R. I. S. 1219 ff.; Endemann, H. R. §. 158; Gareis, H. R. §. 75; Knies, Geld und Credit I. S. 156 ff., 204, II. S. 272 ff.; G. Cohn in Ztschr. f. vgl. R. W. I. S. 117 ff., 424 ff., II. S. 131 ff., III. S. 69 ff.; in Conrad's Jahrb. f. Nat. Oec. u. Statistik XXXIII. S. 471 ff.; R. Koch, Ueber Giroverkehr und den Gebrauch von Checks (1878), auch in Busch's Arch. XXXVII. S. 85 ff.; in v. Holtzendorff's Rechtslexicon unter „Check und Giroverkehr"; über Bedürfniß und Inhalt eines Checkgesetzes f. das Deutsche Reich (1883), auch in Busch's Arch. XLIII. S. 128 ff.; Abrechnungsstellen in Deutschland und deren Vorgänger, auch in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 59 ff.; in den Verhandlgn. des 17. Deutschen Juristentages (1884), Gutachten I. S. 1 ff. (Vortr. u. Auff. S. 140 ff., 180 ff., 214 ff., 252 ff.); Funk, Ueber die rechtl. Natur des Checks (1878), Quaestionnaire über ein östr. Checkgesetz (1880); Bunzl, Material zu einem Checkgesetzentwurfe (Wien 1880); Leonhardt, Die gesetzliche Begründung des Checksystems in Oesterreich (1881); Czelechowski in Jurist. Bl. Nr. 19 und 20 von 1881; Roztočil ebenda Nr. 32 von 1881; Wagner in Schönberg's Handb. der polit. Oek. I. S. 329 ff.; Schall ebenda S. 401; Simonson in Schmoller's Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft N. F. VIII. S. 135 ff.; Siemens, Die Lage des Checkwesens in Deutschland 1883; Stenogr. Bericht der Verhandlungen des XI. deutschen Handelstages in Berlin am 15. u. 16. Dec. 1882 S. 18 ff.; Schraut, Die Organisation des Credits (1883) S. 11 u. ff.; Birnbaum in Ztschr. f. H. R. XXX. S. 1 ff.; Kapp ebenda S. 325 ff.; Simonson in Busch's Arch. XLVII. S. 5 ff.; Verhandl. des XVII. deutschen Juristentages I. S. 32 ff. (Gutachten von Behrend), II. S. 139 ff., 272 ff.; v. Stieglitz, Wesen und Vorzüge des Depositen- und Checkverkehrs (1884); Riesser, Revision des H. G. II. S. 232 ff.; Bubenik, Die Technik des Giroverkehrs bei der Oestr.-ung. Bank (1888); Edmund Mayer in Gerichtshalle Nr. 1 u. 2 von 1889; Hanausek in Jur. Bl. Nr. 20—24 von 1889 (auch separat); v. Canstein im Arch. f. bürg. R. IV. S. 205 ff.; Kuhlenbeck, Der Check (1890); Hoppenstedt, Zum Checkges. (1892); Ein zweites Wort zum Checkges. (1892); Simonson im Arch. f. bürg. R. VI. S. 346 ff.; Cosack, H. R. §. 61 u. auch §. 62. Ueber den östr. Checkgesetzentwurf v. 1894 vgl. Grünhut in „Neue freie Presse" v. 19. Mai 1894; Strauß in Jurist. Bl. Nr. 19 v. 1894; Edm. Mayer ebenda Nr. 21; v. Canstein in Gerichtshalle Nr. 23 v. 1894. — Geschichtliches bei Goldschmidt, Universalgesch. des H. R. I. S. 318.

2) Ueber Ableitung und Schreibweise des Wortes Check (Cheque) vgl. G. Cohn in Ztschr. f. vgl. R. W. I. S. 139 Note 5.

Wechsel aber dadurch, daß letzterer stets die Bezeichnung als Wechsel tragen muß, von der Banknote endlich durch die Voraussetzung des dem Aussteller eingeräumten Credites bezw. des Depositums desselben, durch die Ausstellung auf beliebige, auch nicht runde Beträge, durch die kurzzeitige Einlösepflicht seitens des hiezu Berechtigten, sowie durch den Zweck der Ausstellung. Nach gesetzlicher Definition sind Checks „Anweisungen auf die zur Uebernahme von Geld für fremde Rechnung statutenmäßig berechtigten Anstalten".[3]) Diese unklare und zu weite Definition des Gebührengesetzes (s. Note 3) wurde durch Fin. Min. Erl. v. 20. Mai 1876 Z. 12792 dahin näher präcisirt, daß nur jene Anweisungen als Checks zu gelten haben, welche im Grunde des an eine zur Uebernahme fremder Gelder in laufende Rechnung berechtigte Gesellschaft geleisteten Depots von dem Erleger auf den von dieser Gesellschaft ihm zu diesem Zwecke eingehändigten Blanquetten gezogen sind.[4]) Auch diese Definition ist nicht zutreffend, wie sich aus der folgenden Darstellung der Erfordernisse des Checks ergeben dürfte.[5]) Materiellrechtliches Erforderniß des Checks ist nur die gesetz- oder vertragsmäßige (statutarische) Ermächtigung des Ausstellers seitens des Bezogenen zur Ausstellung von Checks. Als formellrechtliche Erfordernisse muß der Check enthalten: 1. einen Zahlungsauftrag, der aber auch unter einer in Erwartung der Zahlung ausgestellten Quittung verborgen sein kann[6]), 2. die Unterschrift des Ausstellers, 3. die Bezeichnung des zur Honorirung des Checks Verpflichteten, 4. die Angabe der zu zahlenden Geldsumme.

In der Regel wird der Check auf einen Bankier oder eine Bank bezogen, in Oesterreich wird dies nach der oben angeführten gesetzlichen Definition des Checks sogar gefordert. Diese Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß das ganze Checkwesen auf dem Vertrauen beruht, das Aussteller und Empfänger des Checks auf den Bezogenen setzen müssen, daß er den Check, sofern dieser nur ordnungsmäßig ausgestellt ist, bei der Präsentation sicher einlöst, und daß ein solches Vertrauen „nur wenigen Bankiers entgegengebracht werden" könne.[7]) Wohl ist es richtig, daß bei dem Umstande, als die Banken unter staatlicher Controlle stehen, wohl zumeist vorausgesetzt werden könne, daß sie in ihrer geschäftlichen Ge-

---

3) Diese Definition ist enthalten in dem einige Aenderungen u. Ergänzungen des Gebührengesetzes u. -Tarifes vom 9. Febr. 1850 Nr. 50 R. G. Bl. enthaltenden öst. Ges. vom 13. Dec. 1862 Nr. 89 R. G. Bl. gelegentlich der Festsetzung der Stempelgebühr für Checks (nach Gesetz von 1862 10 kr., nunmehr nach §. 7 Ges. v. 29. Febr. 1864 Nr. 20 R. G. Bl. 2 kr.). — Das deutsche Wechselstempelges. v. 10. Juni 1869 §. 24 Abs. 2 definirt die Checks als „Anweisungen auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben besorgenden Bankhause oder Geldinstitute". — Vgl. hiezu Koch, Vortr. u. Auff. S. 164 u. 165, und Note 65 daselbst.

4) Auf die Bezeichnung kommt es nicht an; nach Fin. Min. Erl. v. 20. Mai 1876 Z. 12792 sind alle übrigen, wenngleich mit dem Worte „Check" überschriebenen Anweisungen nach einer anderen Tarifpost (Nr. 11) zu taxiren.

5) Neuere Gesetzgebungen sehen von einer Legaldefinition des Checks ganz ab; vgl. hiezu Koch, Vortr. u. Auff. S. 199.

6) G. Cohn a. a. O. S. 1151; siehe hierüber insbes. Koch, Vortr. u. Auff. S. 302 ff. [S. 12.

7) Funck, Rechtl. Natur des Checks

wahrung streng nach ihren Statuten vorgehen werden[8]) und daher Vertrauen verdienen; wohl ist es auch richtig, daß die Einlösung des Checks von dem, der gewerbsmäßig fremde Zahlungen besorgt, mit Sicherheit erwartet werden könne, und daß „die volkswirthschaftlichen Vortheile des Checksystems nur bei derartiger gewerbsmäßiger Concentrirung fremder Gelder“[9]) sich offenbaren, allein hiedurch ist nicht ausgeschlossen, daß auch einem Nichtbankier in gleicher Weise, mitunter in höherem Maße vertraut werden könne, zumal unter dem Namen „Bankier“ und „Bank“ sich bisweilen Unternehmungen verschiedenster Art und mitunter auch bedenklichen Charakters verbergen[10]), welchem Umstande das östr. Recht im obcit. Gesetze dadurch abzuhelfen sucht, daß es die passive Checkfähigkeit von den Statuten der Bank abhängig macht, welche der staatlichen Genehmigung bedürfen. Hiezu kommt noch zu bemerken, daß stets die Solvenz des Ausstellers für die Einlöslichkeit des Checks maßgebend ist. „Ein Check auf das angesehenste Bankhaus der Welt ist werthlos, wenn der Aussteller dort kein Guthaben hat und auch sonst nichts besitzt“[11]). Jeder, der gewerbsmäßig Checks auf sich ziehen läßt, ist bezw. wird Bankier[12]), so daß die Bankiereigenschaft unter Umständen erst durch die Beziehung mit Checks begründet wird.[13]) Hiemit soll aber nicht das Vorhandensein eines Deposits oder Guthabens als Essentiale des Checks bezeichnet werden, denn es kann ganz wohl dem Checkaussteller seitens des Bezogenen Credit eingeräumt oder offene Rechnung gewährt sein. In der Regel allerdings wird statutarisch verordnet, daß der Checkaussteller bei dem Bezogenen ein Depositum haben müsse. Nach gegenwärtigem österreichischen Rechte, das zumeist in den Statuten der Geldinstitute mit passiver Checkfähigkeit zum Ausdrucke kommt, wird unterschieden zwischen Giro-, Contocorrent- und Postchecks.[14])

Weiters gehört es nicht zu den Essentialien des Checks, daß er auf Sicht laute. Das österreich. Stempelgesetz und mit ihm die Statuten der passivcheckfähigen Geldinstitute fordern, daß der Check auf einem bestimmten Blanquette ausgestellt sei.[15])

Der Check kann auf Namen, an Ordre oder auf den Ueberbringer lauten, und hienach richtet sich auch die Art der Uebergabe und des Erwerbes eines Checks[16]); indossabel jedoch ist er nur, wenn er den Voraussetzungen der Art. 300 und 301 H. G. B. entspricht.

Das dem Check zu Grunde liegende Verhältniß (Guthaben, Credit, Schuld, laufende Rechnung) ist ohne Einfluß auf das Verhältniß der an dem Check betheiligten Personen, d. i. auf das Recht aus dem Check. Hiefür findet sich in den österreichischen Gesetzen keine Bestimmung, sondern

8) Funck a. a. O. S. 12.
9) Koch, Vortr. 2c. S. 200.
10) Koch, Vortr. 2c. S. 200.
11) Simonson im Arch. f. bürg. R. VI. S. 349 f.
12) G. Cohn a. a. O. S. 1145, und dort Citirte.
13) G. Cohn a. a. O. S. 1145.
14) Vgl. Ger. H. Nr. 30 von 1889.
15) Rücksichtlich der östr.-ung. Bank vgl. Hanausek, Der Check im Giroverkehr der östr.-ung. Bank sammt Anhang über das Postsparcassenamt.
16) Siehe oben §§. 94, 102.

es ergibt sich dies zumeist aus dem Inhalte der Urkunde, theils aus den Statuten des den Check honorirenden Institutes.

Das Kreuzen, Sperren, Durchqueren eines Checks kennt das österreichische Recht nicht, und auch Accepte sind nicht gebräuchlich.

Nach herrschender Ansicht trägt die Bank den Schaden für die Auszahlung eines falschen sowie eines verfälschten Checks.[17]) Es dürfte jedoch mit Unger[18]) anzunehmen sein, daß abgesehen von den Fällen eines Verschuldens die bezogene Bank einen falschen (gefälschten) Check (d. i. einen Check mit unechter Unterschrift) auf eigene Gefahr[19]), einen verfälschten Check (d. i. Check mit gefälschtem Inhalte) auf Gefahr des Ausstellers einlöst[20]), denn im Checkvertrage übernimmt die Bank ein allgemeines Mandat, die einzelnen mittels Check ertheilten Zahlungsaufträge des Contoinhabers (Depotinhabers) auszuführen; ein solcher specieller Zahlungsauftrag fehlt im ersteren Falle, die Bank zahlt sohin außerhalb ihres Generalmandates, und muß den extra causam mandati (ex occasione mandati) entstandenen Schaden tragen, während beim Check mit verfälschtem Inhalte ein specieller Zahlungsauftrag vorliegt, den die Bank auszuführen hat. Die mit dem Check unzertrennlich verbundene Gefahr der Inhaltsfälschung trägt der Aussteller, da sie ex causa mandati entsteht. Liegt ein Verschulden vor, so trägt der schuldige Theil die Gefahr.

Die Ausstellung eines Checks ist kein Handelsgeschäft, außer sie wäre gegebenen Falles ein accessorisches im Sinne der Art. 273, 274 H. G. B.; jedoch liegt ein subjectives Handelsgeschäft nach Art. 272 Abs. 1 Z. 2 (Bankiergeschäft) vor, wenn Jemand gewerbsmäßig Checks auf sich ziehen läßt.

§. 137.

4. Der Creditbrief.[1])

Der Creditbrief (Creditauftrag, Accreditiv) ist entweder eine briefliche Ermächtigung, Jemandem zu creditiren, oder eine dadurch besonders qualificirte Zahlungsanweisung, daß hier die angewiesene Summe nicht auf

17) Vgl. Cohn a. a. O. S. 1053, 1165 ff.; Funk a. a. O. S. 27; Bunzl a. a. O. S. 41; Leonhardt a. a. O. S. 29; Kapp a. a. O. S. 373 f.; Kuhlenbeck a. a. O. S. 128 ff.; Cosack, H. R. 2. Aufl. S. 324; anders Hanausek a. a. O. S. 35 ff.; Unger, Handeln auf fremde Gefahr S. 54 ff. (Abdruck aus Ihering's Jahrb. XXXIII.) Der östr. Entw. läßt die Frage offen und überläßt ihre Lösung der Entscheidung im concreten Falle.

18) a. a. O. S. 54 ff.

19) Anders Hanausek a. a. O. S. 35 ff.

20) Ebenso, jedoch mit anderer Begründung Hanausek a. a. O. S. 37 ff.

1) Ausführliche Literaturangaben siehe bei G. Cohn in Endemann's Handb. III. §. 453 Note 1; von den dort Citirten seien hier erwähnt: Thöl, H. R. I. §. 302 Note 2, §. 318 Note 6; Brinckmann, H. R. §. 137 a. E. und §. 141; Endemann, H. R. I. §. 157 in Zeitschrift f. H. R. IV. S. 222, 242 ff.; Ladenburg, Anweisung S. 8 ff.; in Ztschr. f. H. R. XI. S. 78 ff.; Gareis, H. R. §. 74; R. Koch in v. Holtzendorff's Rechtslexikon unter Creditbrief; Fr. Meier in C. O. R. F. VII. S. 19 ff.; außerdem Cosack, H. R. §. 61 (II.). — Geschichtliches bei Roscher III. §. 56 Note 3; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. II. S. 176 ff.; und Universalgesch. d. H. R. I. S. 398 ff.

einmal und voll gezahlt werden muß, sondern nach Belieben des Bezogenen ganz oder unvollständig, auf einmal oder ratenweise gezahlt werden kann.[2]) Die Summenangabe gehört nicht einmal zu den Essentialien des Creditbriefes, sie kann ganz fehlen (sog. *offener* oder illimitirter Creditbrief) oder nur im Maximum bestimmt sein (limitirter Creditbrief). Für den Creditbrief ist schriftliche Form wesentlich. Der Aussteller heißt beim Creditbrief auch Briefsteller, Schreiber, Geber, gewöhnlich *Adressant*, der Bezogene heißt Correspondent, gewöhnlich Adressat, der Empfänger des Creditbriefes wird der *Accreditirte*, Nehmer, Ueberbringer, Inhaber genannt.[3]) Der Accreditirte ist in der Regel eine bestimmte Person; doch sind Creditbriefe an Ordre oder auf Ueberbringer (Inhaber) nicht ausgeschlossen. Sind im Creditbrief mehrere an verschiedenen Orten wohnende Adressaten genannt, so ist dies ein Circular-Creditbrief.

Der Creditbrief kann acceptirt werden, muß es aber nicht; das Accept kann auch mündlich erfolgen.

Zeit und Summe der Zahlung des Creditbriefes richtet sich nach dem Inhalte der Urkunde; ob aber dem Aussteller ein Recht gegen den Accreditirten aus der Zahlungsleistung des Adressaten entsteht, richtet sich nach dem der Ertheilung des Accreditivs zu Grunde liegenden Verhältnisse. So auch die Frage, ob und in welchem Maße der Accreditirte dem Aussteller die Uebersendungskosten des Creditbriefes zu ersetzen oder eine Provision für die wirklich erhobenen Beträge zu zahlen habe. Stellt ein Kaufmann in Ausübung des Handelsgewerbes einen Creditbrief aus, so wird dieser Anspruch präsumirt (Art. 290).

Die vereinzelte Ausstellung eines Creditbriefes durch einen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes ist accessorisches Handelsgeschäft nach Art. 273, 274, und die gewerbsmäßige Ausstellung und Honorirung ist Bankiergeschäft, sohin subjectives Handelsgeschäft nach Art. 272 Abs. 1 Z. 4.[4])

§. 138.

5. Umschreibung (Girozahlung)[1]) und Scontration.[2])

I. Im Gegensatze zu den bisher besprochenen Zahlungsgeschäften (§§. 134—137), bei welchen eine thatsächliche Zahlung platzgreift, findet

---

2) G. *Cohn* a. a. O. S. 1125.

3) G. *Cohn* a. a. O. S. 1126.

4) Im überseeischen Verkehr bedeutet Creditbrief den Auftrag zur Discontirung der vom Accreditirten auf den Aussteller gezogenen Tratten (Discontcreditbrief). Er kann an einen oder mehrere bestimmte Adressaten lauten, oder auch an Jedermann (Special- und Generalcreditbrief). Er kann auch an den Rand eines Wechselblanquettes geschrieben werden, das der Accreditirte im Bedarfsfalle ausfüllt und dem Disconteur gegen Zahlung der Wechselvaluta übergibt (sog. Marginalcreditbrief). — Näheres hierüber s. bei G. *Cohn* a. a. O. S. 1132 ff.

1) Vgl. R. *Koch*, Ueber Giroverkehr und den Gebrauch von Checks als Zahlungsmittel (1878) (auch in *Busch's* Arch. XXXVII. S. 85 ff.); in *Busch's* Arch. VI. S. 481 ff.; in v. *Holtzendorff's* Rechtslexikon unter Giroverkehr; in Ztschr. f. H. R. XXIII. Beilageheft S. 231 ff., 257 ff.; Abrechnungsstellen

bei der Girozahlung und der Scontration nur ein rechnungsmäßiger Geldumlauf zu Zahlungszwecken, ja selbst zu schuldbegründender numeratio statt.[3])

II. Girozahlung ist, wie bereits oben angedeutet wurde, vertragsmäßige (auftragsmäßige) Zahlung durch Umschreibung oder Uebertragung, Ab- oder Zuschreibung in den Büchern eines Dritten[4]), in der Regel eines Bankiers. Dieser Dritte verpflichtet sich im Girovertrage (oder Girocontoeröffnungsvertrage), den mit ihm contrahirenden Parteien in seinen Büchern ein Conto zu eröffnen, und dem Conto je nach dem ihm zu Theil werdenden Abschreibungsauftrage des betreffenden Contoinhabers selbst oder dem Zuschreibungsauftrage eines Anderen eine ihm bekanntgegebene Summe abzuschreiben oder zuzuschreiben (vgl. oben §. 131, III.). Die Contrahenten des Girozahlungsgeschäftes sind die Contoinhaber (auch Foliobesitzer, Bankinteressenten, Girokunden, Kunden schlechthin genannt), auf deren Conti die einander correspondirenden Zu- und Abschreibungen (Umschreibungen, Uebertragungen) vorgenommen werden; der gemeinsame Cassier (Bankier, Girobankier, Girobank, auch Depositenbank genannt) vermittelt durch seine buchtechnische Thätigkeit die Girozahlung. Contrahenten des Girovertrages sind auf der einen Seite der Cassier (Bankier), auf der anderen Seite die Contoinhaber. Ersterer ist in der Regel infolge des Depositums der Parteien bei ihm deren gemeinsamer Schuldner, oder er gibt den Parteien durch Eröffnen eines Conto ein Creditversprechen. Der Inbegriff aller Girogeschäfte, zu welchen außer der Girozahlung auch noch das Incasso und die Baarzahlung für Rechnung der Girokunden gehören, ist der Giroverkehr. Die Form, in welcher sich dieser vollzieht, ist gegenwärtig in der Regel die schriftiche Umschreibungs- oder Giroanweisung, Girocheck, Uebertragscheck (rother Check); einer persönlichen und mündlichen Auftragsertheilung bei der Bank bedarf es nicht. Diese Anweisung muß, sofern nicht durch Vertrag oder durch die Statuten Anderes bestimmt ist, den wesentlichen Inhalt des Auftrages enthalten, d. i. die Angabe, ob zu- oder abgeschrieben werden soll, und die

---

(1884), (auch in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 59 ff.), (Vortr. u. Aufs. S. 140, 252); Thöl, H. R. I. §. 28 Nr. 7; Goldschmidt, H. R. I. §. 107; Endemann, H. R. §. 158; Gareis, H. R. §. 73; Cosack, H. R. §. 62; Grünhut in seiner Ztschr. III. S. 477; Lastig in Ztschr. f. H. R. XXIII. S. 138 ff.; Hübner, Die Banken S. 63 ff.; G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 447, woselbst ausführliche Literaturangaben; Goldschmidt, System §. 118. — Geschichtliches: Nasse in Jahrb. d. Nat. Oec. u. Stat. XXXIV. S. 329 ff.; Jäger, Die ältesten Banken (1879) und Supplement (1881); Sachs in Ztschr. f. H. R. XVIII. S. 540; Goldschmidt, Universalgesch. des H. R. I. S. 328 und in Ztschr. f. H. R. XIV. S. 29.

2) Vgl. Fischer-Ellinger, Oestr. H. R. §. 252; Gad, H. R. §. 67; Thöl, H. R. I. §§. 339—341; Gareis, H. R. §. 73; Cosack, H. R. §. 62; R. Koch, die in Noten cit. Schriften und außerdem in v. Holtzendorff's Rechtslexikon unter Riscontro; Anschütz in Ztschr. f. H. R. XVII. S. 108 f.; G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 448, woselbst in Note 1 u. 46 ausführliche Literaturangaben; Goldschmidt, System §. 118; Neuhaus, Die Scontration, ihre histor. Entwickelung, jurist. Natur und volkswirthschaftl. Bedeutung (Diss. 1892).

3) Goldschmidt, Syst. a. a. O. S. 217.

4) Früher auch einer gemeinschaftlichen Geldniederlage (Goldschmidt, System a. a. O. S. 217).

umzuschreibende Summe nebst dem Namen oder der Firma des Beauftragten, und die Unterschrift des Ausstellers, und im Falle es sich um eine Zuschreibung handelt, Name bezw. Firma Desjenigen, dem zugeschrieben werden soll. In der Regel gibt die Bank den Girokunden ein Blanquette, auf welches die Giroanweisung zu schreiben ist. Die Girozahlung wirkt wie Baarzahlung und ist unter denselben Bedingungen wie diese anfechtbar.

Die Vermittelung der Girozahlung, sowie die Besorgung der Girogeschäfte überhaupt ist Bankiergeschäft, und gewerbsmäßig betrieben, oder von einem Kaufmanne vereinzelt im Betriebe des Handelsgewerbes unternommen, Handelsgeschäft nach Art. 272 Abs. 1 Z. 2 und Abs. 2. Jedes Girogeschäft aber kann accessorisches Handelsgeschäft eines Kaufmannes nach Art. 273, 274 H. G. B. sein.

III. In ausgedehntestem Maße wird die directe Zahlung durch die Scontration ersetzt.[5]) Diese ist die vertragsmäßige Bewirkung gegenseitiger Geldzahlungen unter mindestens drei Personen mittels direct oder indirect herbeigeführter Compensationen[6]) ohne alle oder mit möglichst geringer Baarzahlung.[7]) Gewisse oder auch alle Geldforderungen und -schulden der sich zur Scontration (vertragsmäßig) vereinigenden Personen (Gesellschaften, Anstalten) bilden eine einzige Ausgleichungsmasse.[8]) Jedes Mitglied dieses sog. Scontrirungsverbandes gilt als gleich „gut" (solvent), jedes Mitglied dieses Verbandes ist verpflichtet, Jeden aus dem Verbande sich als Schuldner zuweisen zu lassen.[9]) Soweit die einzelnen Verbandstheilnehmer gegenseitig Gläubiger und Schuldner sind, compensiren sie selbst direct; sofern sich für den Einzelnen ein Activ- oder Passivrest ergibt, werden diese Reste durch Cession oder Delegation einem anderen Betheiligten, und zwar der Forderungsüberschuß eines Gläubigers womöglich seinem Gläubiger oder dem Schuldner seines Schuldners, der Schuldrest eines Schuldners womöglich seinem Schuldner oder dem Gläubiger seines Gläubigers überwiesen. Wenn aber, wie dies in der Regel der Fall ist, sämmtliche Verbandsmitglieder mit derselben Bank im Giroverkehr stehen, so compensirt jeder seine Activposten mit seinen Passivposten, der Rest an Activis oder Passivis wird den Conten der betreffenden Betheiligten zu- oder abgeschrieben.[10]) Diese Art der Scontration wird Clearing (Vereinigung) genannt. Bei der einfachen Scontration werden fast alle, beim Clearing alle Baarzahlungen erspart. Die vermittelnde Bank, welche in diesem Falle wegen der ihr zukommenden Function Abrechnungsstelle (Clearing house) genannt wird, tritt für den Restforderungsbetrag als Cessionar an Stelle der Gläubiger, für den Restschuldbetrag als Schuldübernehmer an Stelle der einzelnen Schuldner und compensirt diese Posten formell in der Weise, daß sie als Cessionar der Gläubiger der

5) Gareis, H. R. a. a. O. S. 612.
6) Goldschmidt, Syst. a. a. O. S. 218.
7) G. Cohn a. a. O. S. 1057.
8) Goldschmidt, Syst. a. a. O. S. 218.
9) Goldschmidt, Syst. a. a. O. S. 219.
10) Z. B. A hat von B 1000 fl., von C 500 fl., B von A 500 fl., von C 500 fl., C von A 1000 fl. zu fordern; A compensirt mit B und mit C auf je 500 fl., bezüglich des Restbetrages von 500 fl. verweist A den C an B, welche beiden ihre Forderungen von je 500 fl. compensiren.

nicht getilgten Forderungen diesen den nicht getilgten Forderungsrest pro rata auf ihr Giroconto zuschreibt, den Schuldnern, deren Schuldübernehmer sie ist, abschreibt. Sie deckt, was sie den Gläubigern als Guthaben herauszugeben hätte, durch das, was sie als Schuld von den Schuldnern zu fordern hätte.

Die Scontration ist für Kaufleute accessorisches Handelsgeschäft nach Art. 273, 274, die Umschreibung beim Giroclearing aber ist, weil Girogeschäft, Bankiergeschäft und infolge des gewerbsmäßigen Betriebes subjectives Handelsgeschäft nach Art. 272 Abs. 1 Z. 2.

Eine Uebertragung der Grundsätze der Scontration auf das Waarenzeitgeschäft findet bei den sog. Liquidationsvereinen für Zeitgeschäfte statt.[11])

§. 139.

3. Das Lagerhausgeschäft.[1])

Das Lagerhausgeschäft (auch Lager-, Lagerungs- oder Großlagergeschäft genannt) ist die gewerbsmäßige Uebernahme der entgeltlichen Aufbewahrung der Sachen Anderer in hiezu bestimmten Niederlagen, in der Regel gegen Ausstellung von Urkunden (Lagerpapiere, Lagerscheine), welche die deponirte Sache im Verkehre vertreten.[2]) Die Niederlagen sowie auch die Unternehmungen selbst, welche Lagerhausgeschäfte betreiben, werden Lagerhäuser (auch Waaren-, Packhäuser, Packhöfe, doks, stores,

11) Vgl. auch oben §. 121.

1) Ausführliche Literaturangaben gibt K. Adler, Das östr. Lagerhausrecht §. 1, wovon hier neben Adler insbes. zu erwähnen sind: F. Hecht, Die Warrants (1884, Beilageheft z. Ztschr. f. H. R. Bd. XXIX); Wertheimer, Die Lagerhäuser und die Vortheile der Lagerhausbenutzung; Das Lagerhausges. v. 18. April 1889 mit Erläuterungen; Randa in Ger. H. Nr. 47—49 von 1867; Sax, Ueber Lagerhäuser u. Lagerscheine mit Rücksicht auf deren Einführung in Oesterreich (1869); Ebermann, Lagerhäuser und Warrants in wirthschaftl. u. rechtl. Beziehung (1876); Leonhardt, Der Warrant als Bankpapier (1886); Simonson, Das östr. Warrantrecht (1889); Koch, Vorträge u. Aufs. S. 331 ff.; K. Adler in Conrad's Jahrb. LIII. S. 616 ff.; Goldschmidt, Handb. des H. R. §. 76; G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 432; Cosack, H. R. §. 37; Gareis im Centralorgan f. d. H. u. W. R. (N. F.) VIII. S. 301. — Oestr. Lagerhausges. v. 28. April 1889 Nr. 64 R. G. Bl.; ung. H. G. §§. 434—452.

2) G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 432. — Auch K. Adler, Oestr. Lagerhausrecht §. 2, bezeichnet dieses lagerhausmäßige Depositum als das Lagerhausgeschäft κατ' ἐξοχήν, nennt es jedoch Lagerhausgeschäft im engeren Sinne oder Lagergeschäft. Er führt nämlich aus, daß dem Worte Lagerhausgeschäft ein dreifacher Sinn beigelegt werden kann, und zwar ein weitester Sinn, wonach darunter „jedes im Geschäftsbetriebe eines Lagerhauses unternommene Geschäft — auch das bloß factische" — verstanden wird, welche Bedeutung jedoch ungebräuchlich ist (K. Adler a. a. O. Note 2); in einem gleichfalls weiteren und zugleich technischen Sinne bedeutet es „jedes im Geschäftsbetriebe unternommene Rechtsgeschäft eines Lagerhauses", welches die gewöhnliche Bedeutung ist, und wohl auch die in den §§. 11 und 28 des östr. Gesetzes recipirte sein dürfte (K. Adler a. a. O. Note 4); im engeren Sinne bezeichnet man als Lagerhausgeschäft „das Lager-, Lagerungs- oder Großlagergeschäft, das lagerhausmäßige Depositum", welche letztere Definition jedoch für das gemeine Recht ungenau ist, weil dieses kein entgeltliches Depositum kennt (s. Goldschmidt, H. R. §. 76 Note 24 und K. Adler a. a. O. §. 27).

entrepôts) genannt.[3]) In Oesterreich hat der Betrieb des Lagerhausgeschäftes seine Regelung in dem Gesetze vom 28. April 1889 Nr. 64 R. G. Bl. (betr. die Errichtung und den Betrieb öffentlicher Lagerhäuser und die von denselben ausgestellten Lagerscheine) gefunden.[4]) Nach §. 1 dieses Gesetzes sind öffentliche Lagerhäuser „jene Unternehmungen, welche auf Grund einer besonderen Concession die Aufbewahrung von Waaren für fremde Rechnung geschäftsmäßig betreiben und indossable Lagerscheine auszustellen berechtigt sind".[5]) Alle jene Lagerhäuser, welchen auf Grund dieser Bestimmung die Eigenschaft eines öffentlichen Lagerhauses nicht zukommt, sind Privatlagerhäuser. Diese können auf Grundstücken öffentlicher Eisenbahnen, wenn und solange diese Grundstücke für den Betrieb entbehrlich sind, von der Eisenbahnunternehmung mit Bewilligung des Handelsministeriums zugelassen werden, und zwar nur auf bestimmte Zeitdauer und unter Festsetzung einer angemessenen Kündigungsfrist (§. 45). Die zur Lagerung im Freien oder in eigenen Behältern, z. B. Petroleumreservoirs, bestimmten Lagerungsanlagen oder Lagerplätzen zur Errichtung derselben, welche weder Zugehör eines öffentlichen noch eines Privatlagerhauses sind, werden, je nachdem ihre Benutzung eine allgemeine sein soll oder nicht, den öffentlichen oder den Privatlagerhäusern zugezählt (§. 46). Die Concession zur Errichtung eines öffentlichen Lagerhauses wird nach eingeholten Gutachten der betreffenden Handels- und Gewerbekammern, der k. k. Landwirthschaftsgesellschaften bezw. Landesculturräthe vom Handelsministerium, und wenn es sich um ein Lagerhaus handelt, welches, wenn auch nur theilweise, zur Aufnahme von einer zoll- oder steuerämtlichen Controle unterliegenden Waaren bestimmt ist (sog. öffentliches Freilager), vom Handelsministerium im Einvernehmen mit dem Finanzministerium ertheilt[6]) (§. 4 Lagerhausges.). Der Concessionswerber muß eigenberechtigt und unbescholten sein (§. 3 Z. 1). Dasselbe gilt vom Vertreter der um die Concession ansuchenden juristischen Person. Der Concessionswerber muß sogleich in seinem Gesuche um Concessionsertheilung den Standort und die örtliche Lage des Lagerhauses sowie dessen innere Einrichtung und die Gattungen der einzulegenden Waaren angeben. In letzterer Hinsicht ist insbesondere anzugeben, ob zoll- oder verzehrungssteuerpflichtige Waaren oder beides oder sonstige einer zoll-

---

3) G. Cohn im cit. Hdb. §. 432 S. 955; K. Adler, Oestr. Lagerhausrecht §. 2 unter B S. 9 ff. — Ueber das Verhältniß der Begriffe „Lagerhaus" und „Lagerhausgeschäft" s. K. Adler a. a. O. §. 2.

4) In Ungarn wurde das Lagerhausgeschäft in das H. G. aufgenommen (§§. 434—452) (s. auch oben Note 1). — Rücksichtlich Deutschlands, wo eine reichsgesetzliche Regelung des L. H. R. fehlt, s. G. Cohn a. a. O. S. 907.

5) Vgl. hiezu K. Adler, L. H. R. §. 2 Note 13. — Das ung. H. G. (§. 434) bezeichnet als öffentliches Lagerhaus eine Unternehmung, welche sich mit der Einlagerung von Gütern und der Ausgabe von Lagerscheinen beschäftigt.

6) Das ung. H. G. (§. 435) verlangt als Voraussetzung zur Errichtung eines öffentlichen Lagerhauses den Ausweis eines thatsächlichen Stammcapitals von mindestens einer halben Million Gulden; vorher kann weder die Unternehmung protokollirt noch der Geschäftsbetrieb begonnen werden.

oder steuerämtlichen Controle unterworfene Waaren eingelagert werden sollen (§. 3 Z. 2). Wenn Grundstücke öffentlicher Eisenbahnen benutzt werden sollen, muß der Concessionswerber den Nachweis der Entbehrlichkeit derselben für den Bahnbetrieb, die Zustimmung der Eisenbahnunternehmung bezw. das rücksichtlich der Ueberlassung des Eisenbahngrundstückes und des sonstigen Verhältnisses zur Eisenbahnverwaltung getroffene Uebereinkommen erbringen. Werden die von Privatlagerhäusern benutzten Grundflächen für das sonst gesicherte Zustandekommen eines öffentlichen Lagerhauses benöthigt, so hat das Handelsministerium nach Anhörung der Eisenbahnunternehmung auszusprechen, daß dieselben auch vor Ablauf der Zeit oder der Kündigungsfrist zur Verfügung des öffentlichen Lagerhauses gestellt werden (§§. 3 Z. 4, 43, 45). Endlich ist dem Gesuche das Lagerhausreglement beizulegen (§. 3 Z. 3). Dieses hat „mit Ausschluß des Gebührentarifes alle sonstigen Bedingungen für die Benutzung des Lagerhauses und der damit verbundenen Einrichtungen vollständig und in bestimmter Fassung zu enthalten" (§. 9)[7]), insbesondere aber Bestimmungen a) über die Publication des Reglements, des Tarifes, der Tarifbegünstigungen und der jeweiligen Aenderungen derselben, sowie der statistischen Ausweise; b) über die Haftung der Lagerhausunternehmung, wofür ein gesetzliches Minimum fixirt ist (§. 14); c) über die Verpflichtung zur Ausstellung von Lagerscheinen; d) über das gesetzliche Pfand- und das Verkaufsrecht der Lagerhausunternehmer, wofür ein gesetzliches Maximalmaß besteht (§. 29 bezw. §. 33), und endlich e) über Zusammensetzung und Wirkungskreis des Schiedsgerichts, sowie über das Verfahren vor diesem und über die Vollziehung der schiedsgerichtlichen Erkenntnisse innerhalb der bestehenden Gesetze (§. 9). Bestimmungen des Reglements, welche mit dem Lagerhausgesetze im Widerspruch stehen, sind ohne rechtliche Wirkung (§. 9). Dieses Reglement wird vom Handels- bezw. Finanzministerium bei der Concessionsertheilung geprüft und je nach dem Ergebnisse der Prüfung demselben die Genehmigung ertheilt oder verweigert. Spätere Aenderungen des Reglements sind mindestens 14 Tage vor der Anwendung derselben dem Handelsministerium anzuzeigen, welches, falls diese dem Gesetze widersprechen, oder wenn sie die Interessen des Verkehres schädigen könnten, deren Anwendung untersagen kann (§. 8).

Das Reglement und der Gebührentarif sowie deren Aenderungen sind im Amtsblatt des betreffenden Kronlandes und nach Ermessen des Handelsministeriums außerdem in einem von diesem zu bestimmenden Blatte zu veröffentlichen und im Lagerhause an allgemein zugänglicher Stelle anzuschlagen (§. 10 Abs. 1).

Zur Sicherstellung der aus dem Lagerhausbetriebe gegen die Lagerhausunternehmung entspringenden Forderungen und der allfälligen Ersatzansprüche des Gefällsärars ist bei Ertheilung der Concession eine entsprechende Caution zu bemessen und vor Ausübung der Concession zu erlegen. Die Caution kann baar in Geld oder in Werthpapieren, die

---

7) Ung. H. G. §. 436 Abs. 2.

zur Anlage des Vermögens Pflegebefohlener geeignet sind, oder durch Bestellung von Pfandrechten an Immobilien geleistet werden (§. 5). Jedoch muß auch hier in letzterem Falle die Grenze der pupillarmäßigen Sicherheit eingehalten werden, und darf daher ein Haus nicht über die Hälfte, ein Landgut oder Grundstück nicht über zwei Drittheile seines wahren Werthes beschwert werden (§. 230 a. b. G. B.).[8]) Von dieser Caution können nur öffentliche Körperschaften befreit werden (§. 5 Abs. 3 L. H. G.). Die öffentlichen Lagerhäuser können je nach Maßgabe der Concession öffentliche Freilager errichten, und zwar mit der Bestimmung, entweder a) unverzollte, ausländische Waaren im Zollgebiete so lange aufzubewahren, bis sie ihrer Bestimmung, d. i. der Einfuhrverzollung, Weitersendung oder Wiederausfuhr zugeführt werden; oder b) aus dem Zollgebiete ausgeführte Waaren im Zollausschlusse unter Wahrung ihrer Nationalität solange aufzubewahren, bis sie in den freien Verkehr gesetzt oder in das Zollgebiet zurückgeführt werden; oder c) steuerpflichtige Waaren in Städten, die hinsichtlich der Verzehrungssteuer als geschlossen erklärt sind, solange aufzubewahren, bis sie entweder der Versteuerung unterzogen oder aus der Stadt wieder ausgeführt werden; oder d) steuerpflichtige Waaren im Inlande insolange aufzubewahren, bis sie entweder der Versteuerung unterworfen oder nach dem Auslande ausgeführt werden (§. 2). Oeffentliche Lagerhäuser dürfen in der Regel im Grenzbezirke nicht errichtet werden. Die unter lit. a, b und c bezeichneten öffentlichen Freilager dürfen in der Regel nur an Orten errichtet werden, wo sich ein Hauptzollamt befindet, und die unter d bezeichneten nur an Orten, wo sich ein Steueramt befindet (§. 2). Für die Errichtung und den Betrieb von Freilagern gelten außer den Bestimmungen des L. H. G. auch noch die Gefällsvorschriften und die sonstigen Anordnungen der Finanzbehörden (§. 2 Abs. 2 leg. cit.). Die für die erforderlich gewesene gefällsämtliche Ueberwachung eines öffentlichen Freilagers aufgelaufenen Kosten sind der Finanzverwaltung, welche sie von Jahr zu Jahr dem Inhaber des Lagerhauses detaillirt mitzutheilen hat, von diesem rückzuvergüten (§. 5 Abs. 4). Von der Einlagerung in öffentlichen Lagerhäusern sind Salz und Tabak ausgeschlossen (§. 1 Abs. 2).

Das Lagerhausgeschäft ist seinem juristischen Charakter nach ein entgeltliches Depositum, da der Wille der Parteien auf Aufbewahrung der Waaren gerichtet ist. Hiemit kann allerdings auch ein Mandat (zur Verwaltung) verbunden sein.[9]) Wird ein bestimmt abgegrenzter Raum (Keller, Boden u. s. w.) eines Lagerhauses zum Zwecke der Einlegung von Waaren gemiethet, und nicht über stückweise Einlegung contrahirt, so liegt eine Sachmiethe vor. Nach §. 6 L. H. G. sind die zum Geschäfts-

---

8) Siehe Pat. v. 9. Aug. 1854 Nr. 208 R. G. Bl. §§. 193—202 u. Pat. vom 9. Nov. 1858 Nr. 205 R. G. Bl. über die Errichtung cumulativer Waisencassen im 3. Bde. der Manz'schen Ges. Slg.

9) Vgl. G. Cohn a. a. O. S. 908 f.; Riesser, Zur Revision des H. G. B. §. 21; Simonson, Das östr. Warrantr. S. 41 f.; Wertheimer, Comm. zu §§. 14, 28, 33, 34; Adler in Conrad's Jahrb. (N. F.) XIX. S. 624; L. H. R. §. 28.

betriebe gehörenden Geschäfte der öffentlichen Lagerhäuser als Handelsgeschäfte, jedoch nicht als Handelsgrundgeschäfte[10]), und die Lagerhausunternehmungen als Kaufleute im Sinne des H. G. B. anzusehen.[11]) Es ist jedoch den Unternehmern öffentlicher Lagerhäuser bei Verlust ihrer Concession verboten, mit Waaren, welche nach ihrer Gattung zur Aufnahme in die Lagerhäuser geeignet wären, für eigene oder fremde Rechnung Handel zu treiben, sowie im eigenen Lagerhause eingelagerte Waare für eigene oder fremde Rechnung zu belehnen (§. 12).

Die Lagerhausunternehmung hat die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu prästiren[12]), und haftet für jeden Schaden, welcher aus der Vernachlässigung dieser Sorgfalt bei den aus dem Betriebe des Lagerhauses sich ergebenden gesetzlichen Verrichtungen entsteht (§. 14 Abs. 1), insbesondere für Verlust, Verminderung oder Beschädigung des Lagergutes.[13]) Die Anwendung dieser Sorgfalt hat die Lagerhausunternehmung zu beweisen (§. 14 Abs. 2). Sie haftet für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei ihren Verrichtungen bedient (§. 14 Abs. 3). Wegen Verlustes, Verminderung oder Beschädigung des Lagergutes, welche bei dessen Ausfolgung äußerlich nicht erkennbar waren, haftet sie nur dann, wenn der Uebernehmer ohne Verzug nach Entdeckung der verborgenen Fehler den Zustand der Waare durch vom Gerichte (d. i. vom Handelsgerichte oder dem sonst hiezu competenten Gerichte) zu ernennende Sachverständige feststellen läßt, und nachweist, daß Verlust, Verminderung oder Beschädigung in der Zeit zwischen der Empfangnahme durch das Lagerhaus bis zur Ausfolgung entstanden ist (§. 14 Abs. 4). Die Klagen gegen die Lagerhausunternehmung wegen Verlust, Beschädigung, Verminderung oder verspäteter Ausfolgung des Lagergutes verjähren nach einem Jahre. Diese Verjährungsfrist beginnt rücksichtlich der Klage wegen Verlustes des Lagergutes mit dem Ablaufe des Tages, an welchem dieselbe hätte ausgefolgt werden sollen, rücksichtlich der übrigen genannten Klagen mit dem Ablaufe des Tages der Ausfolgung des Gutes. Ebenso ver-

---

10) Adler, L. H. R. §§. 10 u. 28; Simonson, Oestr. Warrantr. S. 42 ff. — §. 9 der östr. Regierungsvorlage hatte die auch vom Ausschusse angenommene Fassung: „Die Geschäfte der öffentlichen Lagerhäuser sind als Handelsgeschäfte im Sinne des Art. 271 H. G. B. und die Lagerhausunternehmung selbst als Kaufmann im Sinne des Art. 4 H. G. B. zu betrachten." Diese Citate der Art. 271 und 4 in §. 9 wurden im Laufe der Berathung gestrichen, und es wurden ferner die Geschäfte des Lagerhauses, welche als Handelsgeschäfte gelten sollen, näher bezeichnet (Stenogr. Prot. des Abg. H. S. 10,487), nämlich nur „die zum Geschäftsbetriebe gehörenden Geschäfte der Lagerhäuser". — Riesser, Zur Revision des H. G. B. (S. 212) u. Koch in Busch's Arch. XLVIII. (S. 23) schlug die Citirung des Art. 272 H. H. B. vor, während Hecht, Die Warrants S. 177, die bezüglichen Geschäfte als Grundgeschäfte des H. G. B. betrachtet wissen will. — Nach ung. H. G. §. 258 Z. 4 sind die Lagerhaus- oder Entrepotgeschäfte und nach bosn. H. G. §. 283 Z. 4 sind „die Geschäfte der öffentlichen Lagerhäuser" subjective Handelsgeschäfte.

11) Vgl. Adler, L. H. R. §. 10. — Anders nach deutschem Rechte (s. G. Cohn a. a. O. S. 908).

12) Adler, L. H. R. §. 31; Simonson, östr. Warrantrecht S. 47 f.

13) Ung. H. G. §. 437; Adler a. a. O.

jähren die Einreden wegen Verlustes, Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ausfolgung der Waare, wenn diese Umstände nicht binnen Jahresfrist dem Lagerhause angezeigt werden. Diese Bestimmungen über Verjährung finden aber im Falle des Betruges oder der Veruntreuung seitens des Lagerhausunternehmers nicht Anwendung (§. 14 Abs. 5 L. H. G. Art. 386 H. G. B.). Die Lagerhausunternehmung kann jedoch mittels Reglements oder besonderer Vereinbarung bedingen, daß nach erfolgter Uebernahme der Waare jeder Anspruch wegen Verminderung oder Beschädigung der Waare erlischt, auch wenn die Mängel bei Ausfolgung der Waare nicht erkennbar waren und erst später entdeckt wurden, wenn er nicht binnen einer bestimmten Frist nach Ausfolgung, die nicht kürzer als vier Wochen sein darf, bei der Lagerhausunternehmung angemeldet wurde (§. 14 Abs. 6 L. H. G.). Die Lagerhausunternehmung ist unter ihrer Haftung verpflichtet, Sorge zu tragen, daß die Lagerhausgüter sofort bei ihrer Einlagerung gegen Feuersgefahr versichert werden; sie haftet dafür, daß die Waare wirklich versichert ist, jedoch haftet sie, wie die Allegirung des §. 14 im §. 15 zeigt, nicht unbedingt für den Erfolg, sondern nur für die zu prästirende kaufmännische Sorgfalt. Es genügt die commissions- oder vermittelungsweise Versicherung des einzelnen Gutes, oder die Collectivversicherung des gesammten Lagers.[14]) Zur Empfangnahme der Versicherungssumme aber ist, wenn ein Lagerschein ausgestellt ist, ausschließlich die Lagerhausunternehmung berechtigt (§. 15 L. H. G.).[15])

Die Lagerhausunternehmung ist nach §. 17 L. H. G. verpflichtet, dem Hinterleger der Waare auf Verlangen[16]) einen sog. Lagerschein[17]) auszustellen. Dieser wird einem von der Lagerhausunternehmung zu führenden Juxtenbuch[18]) entnommen und besteht aus zwei zusammenhängenden, jedoch von einander trennbaren Theilen, dem sog. Lager-Besitzscheine (Recepisse) und dem Lager-Pfandscheine (Warrant). Nur beide Scheine zusammen stellen das volle Recht an der Sache dar, mögen sie noch ungetrennt oder bereits getrennt in einer Hand sein. Der Uebernehmer bezw. Eigenthümer dieser beiden Scheine erwirbt bezw. hat das volle Eigenthumsrecht an der durch dieselben vertretenen Waare. Die Uebergabe des noch vollständigen Lagerscheines bezw. die Uebergabe beider Theile desselben überträgt volles Eigenthum an der im Scheine bezeichneten Waare. Der Besitzschein allein berechtigt nur zur Ausübung

14) Vgl. hiezu Adler, L. H. R. §. 32; Ehrenberg in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik XXX. S. 422 ff.; Reatz in Endemann's Hdb. IV. S. 327 ff.; König ebenda S. 750 f.

15) Vgl. ung. H. G. §. 451.

16) Nach ung. H. H. §. 439 ist die Ausstellung eines Lagerscheines obligatorisch — unabhängig vom Verlangen des Hinterlegers.

17) Vgl. hiezu Adler, L. H. R. §§. 42 ff.; Goldschmidt, H. R. I. §. 76; Wertheimer, Comm. zu §. 17 L. H. G.; Simonson, Oestr. Warrant-R. S. 49 ff.; Levy im Arch. f. b. R. II. S. 249 ff.; Koch, Vortr. u. Auff. S. 331 ff. — Geschichtliches und älteres Recht bei Heine in Ztschr. f. Staatswissenschaft XXIII. S. 571 ff.

18) Ueber Bedeutung und Ableitung des Wortes „Juxtenbuch" (Juxtabuch) s. oben §. 69 III. und Note 17.

der aus dem Eigenthumsrecht an der Waare fließenden Befugnisse, soweit sie nicht durch die aus dem Warrant für den Warrantinhaber (Warrantindossatar) sich ergebenden Rechte beschränkt sind; der Warrant allein berechtigt nur zur Ausübung des Pfandrechtes und zur Verpfändung der Waare (§§. 23, 24, 25).[19] Da das Recht auf die Waare an den Lagerschein gebunden ist, so sind nicht die Waaren, über welche ein Lagerschein ausgestellt ist, sowie auch nicht die den Eigenthümern des Besitzscheines oder des Warrants an der Waare zustehenden Rechte, sondern nur die beiden Theile des Lagerscheines selbst Gegenstand der Execution (§. 37).[20] Nach Vormerkung einer gerichtlichen Execution auf den Lagerschein ist eine abgesonderte Uebertragung des Warrants unstatthaft (§. 38). Sowohl der Besitz- als der Pfandschein müssen[21] nach §. 18 L. H. G. an Ordre lauten und unter gegenseitiger Bezugnahme auf einander enthalten: 1. die Benennung des Lagerhauses, das Datum der Ausstellung und die Unterschrift des von der Lagerhausunternehmung hiezu bevollmächtigten Beamten, 2. die laufende Zahl des Lagerbuches, unter welcher die hinterlegte Waare eingetragen ist, 3. Namen und Wohnort des Einlegers, 4. genaue Angaben über Menge, Gattung und eventuelle besondere Kennzeichen der eingelagerten Waare, 5. die Angaben, bei wem und zu welchem Werthe die Versicherung genommen wurde, 6. die Dauer der Lagerzeit, falls diese im Voraus bestimmt ist, 7. die Angabe, ob auf der Waare ein Zoll, eine Steuer oder eine sonstige öffentliche Abgabe oder Gebühren und Vorauslagen der Lagerhausunternehmung haften.[22]

Die Uebertragung der beiden Theile des Lagerscheines sowie des Doppelscheines selbst geschieht mittels Indossament (§. 19 Abs. 1).[23] Zur Uebertragung des noch ungetrennten Doppelscheines genügt die Indossirung des Besitzscheines (§. 19 Abs. 2). Das Indossament ist an besondere vom Indossamente sonstiger Ordrepapiere abweichende Formvorschriften nicht gebunden und abgesehen vom ersten Indossamente nur auf Ansuchen des Inhabers und wenn es im Indossamente selbst vorgeschrieben ist, wörtlich in das Lagerbuch der Unternehmung einzutragen (§. 22). Nur die erste Indossirung des Warrants, die erste durch den Warrant zu bewerkstelligende Verpfändung der Waare erfuhr im Gesetze eine besondere Regelung; und dies mit Recht, denn während bei den übrigen Indossirungen nur ein vorhandenes Recht übertragen und bei der Weiterverpfändung ein neues Recht nur an der durch die erste Verpfändung bereits begründeten Pfandforderung, nicht etwa ein neues Recht an der Sache, erzeugt wird, wird bei der ersten Verpfändung, bei der ersten Indossirung des Warrants ein ganz neues Recht an der Sache geschaffen[24]), das bisher nur als Bestandtheil des Eigenthums- oder Verfügungsrechtes des Doppelschein-

19) Ung. H. G. §. 441, Abs. 2, 3.

20) Ung. H. G. §. 450.

21) Ueber die Bedeutung der Ausdrücke „müssen" und „haben zu enthalten" in §. 18 L. H. G. s. Adler, L. H. R. §. 43, insbes. S. 155 ff.

22) Aehnlich ung. H. G. §. 440.

23) Ung. H. G. §. 441 Abs. 1.

24) Simonson S. 57; vgl. Gareis, C. O. f. H. R. (N. F.) VIII. S. 306 ff.; Koch in Busch's Arch. XLVIII. S. 18.

inhabers bestand, wie ja auch sonst das Pfandrecht des aus erster Verpfändung berechtigten Pfandgläubigers durch Beschränkung des Eigenthums des Eigenthümers der zu Pfand gegebenen Sache entsteht. Die Möglichkeit des steten Wechsels in der Person des Erwerbers der beiden Scheine bringt es mit sich, daß jedem Rechtsnachfolger Gelegenheit gegeben sein soll, „in authentischer Weise die genauen Rechtsverhältnisse, in welche er eintreten oder mit welchen beschwert er die Waare erwerben will, kennen zu lernen.“ [25]) Nur wer den Doppelschein erhält, erhält das volle Eigenthum an der Waare; wer nur den Besitzschein oder nur den Pfandschein erhält, weiß, daß die Waare verpfändet ist; doch keiner von beiden würde bei einfacher Indossirung des Warrants das Maß der Beschränkung des freien Verfügungsrechtes kennen. Deshalb schreibt das Gesetz für die erste Indossirung des Warrants eine bestimmte Form vor. Es geht dabei von dem Gedanken aus, daß Besitzscheine und Warrants Scripturpapiere sind, und daher Dritten gegenüber lediglich nur ihr Inhalt maßgebend sein kann, weshalb sowohl der Warrant als der Besitzschein die Essentialien der Verpfändung enthalten. [26]) Das Gesetz verlangt daher, daß das erste die abgesonderte Uebertragung des Warrants bezweckende Indossament den Namen und Wohnort des Indossatars, die Angabe der Geldsumme sammt allfälligen Zinsen, für welche das Pfandrecht an der eingelagerten Waare eingeräumt werden soll, sowie den Verfallstag der Pfandsumme enthalte, und daß eben diese Daten auch auf dem Besitzscheine ersichtlich zu machen sind (§. 20 Abs. 1 und 2). Außerdem ist das erste Indossament vollinhaltlich sammt Datum in das Lagerbuch einzutragen, und diese Einregistrirung ist auf beiden Theilen des Lagerscheines unter Angabe des Datums der Registrirung anzumerken (§. 20 Abs. 3). Die Nichtbeobachtung dieser Vorschriften hat die Wirkungslosigkeit des ersten Indossamentes, sohin auch der folgenden Jndossamente zur Folge (§. 20 Abs. 4). [27]) Der Pfandschuldner hat, wenn im ersten Indossamente des Warrants nicht Anderes bestimmt ist, was auch auf dem Besitzscheine vermerkt werden muß, die Pfandsumme am Verfallstage der Lagerhausunternehmung zu zahlen, bei welcher sich der Gläubiger diese Summe abzuholen hat (§. 21 L. H. G.). Der durch eine zusammenhängende Reihe giltiger Indossamente als Eigenthümer der beiden Theile des Lagerscheines legitimirte Inhaber derselben oder auch jeder einzelne der beiden ebenso legitimirten Inhaber jedes einzelnen Theiles des Lagerscheines, wenn sie gleichzeitig diesen Anspruch stellen, kann von der Lagerhausunternehmung die Ausstellung eines neuen Lagerscheines unmittelbar auf seinen Namen verlangen (§. 26 Abs. 1 und 3); der so legitimirte Inhaber des ganzen Doppelscheines oder beider Theile desselben kann auch, wenn nicht gefällsämtliche Vorschriften entgegenstehen, die bezügliche Waare in kleine Partien theilen und sich so viele Lagerscheine (Doppelscheine) auf seinen Namen ausstellen lassen, als Partien

25) Simonson, Warrants S. 57.
26) Simonson a. a. O. S. 58.
27) Ung. H. G. §. 442.

der Waare gebildet wurden (§. 26 Abs. 2). In allen diesen Fällen ist der ursprüngliche Lagerschein bezw. dessen Theile einzuziehen, und es haben die Eigenthümer des Lagerscheines oder der Theile desselben die durch ihr Begehren hervorgerufenen Kosten zu tragen (§. 26 Abs. 4). Der Lagerhausunternehmung steht das Recht zu, den neuen Lagerschein mit dem ursprünglichen Datum zu versehen (§. 26 Abs. 5).

Der Hinterleger einer Waare, bezw. der Eigenthümer des Besitzscheines oder des Warrants ist berechtigt, während der im Reglement bestimmten Geschäftsstunden die eingelagerte Waare zu besichtigen; auch ist der Hinterleger der Waare, bezw. der Eigenthümer des Besitzscheines, unter den durch das Reglement näher zu bestimmenden Modalitäten weiters berechtigt, Muster der eingelagerten Waare zu entnehmen (§. 27).[28])

Die Lagerhausverwaltung hat Anspruch auf die tarifarisch festgesetzten Gebühren. Jedoch muß der Tarif, um giltig zu sein, publicirt werden (§. 7 Abs. 1). Begünstigungen (Refactien, Rabatte ꝛc.) sind nur bei allgemeiner Giltigkeit statthaft und erst drei Tage nach ihrer Publication, Erhöhungen erst am fünfzehnten Tage nach ihrer Veröffentlichung (§. 7 Abs. 2 u. 3). Auf den Tarif eines öffentlichen, im Besitze einer Eisenbahn befindlichen Lagerhauses hat das Handelsministerium dieselbe Ingerenz wie auf den Frachtentarif der Eisenbahn (§. 44). Die Lagerhausunternehmung hat wegen ihrer reglementmäßigen Gebühren und wegen ihrer Vorauslagen (Zollgebühren ꝛc.) ein gesetzliches auch im Concurs aufrecht bleibendes Pfandrecht, sofern die Höhe der Forderungen der Lagerhausunternehmung an den Hinterleger in beiden Theilen des Lagerscheines vermerkt ist, oder sofern die betreffenden Forderungen erst später entstanden sind, nur insoweit, als diese Gebühren für die in dem Lagerscheine bestimmte Lagerzeit, und wenn keine solche angegeben ist, für nicht mehr als ein Jahr vom Tage der Ausstellung des Lagerscheines entfallen (§. 28).[29]) Die Lagerhausunternehmung ist nur gegen Bezahlung dieser Gebühren und wenn ein Lagerschein ausgestellt ist, auch nur gegen Einziehung des ganzen Lagerscheines oder beider Theile desselben zur Herausgabe der Waare verpflichtet (§. 29)[30]), gegen Rückgabe des Besitzscheines allein nur dann, wenn der Eigenthümer desselben die Pfandsumme sammt den etwaigen bis zum Verfallstage des Warrants zu berechnenden Zinsen bei der Lagerhausunternehmung behufs Ausfolgung an den Eigenthümer des Warrants hinterlegt[31]), wobei nicht im Wege steht, daß der Warrant noch nicht fällig oder die Lagerzeit noch nicht abgelaufen oder der Eigenthümer des Warrants nicht bekannt ist (§. 30 Abs. 1, 2).[32]) Wenn auf dem Warrant eine Zahlstelle (Domiciliat) benannt ist, so ist diese von der Lagerhausunternehmung zu verständigen (§. 30 Abs. 3). Der so hinterlegte Betrag ist an den Warranteigenthümer auszufolgen, und wenn derselbe nicht drei Monate nach Ver-

---

28) Vgl. ung. H. G. §. 443.
29) Ung. H. G. §. 438.
30) Ung. H. G. §. 444.
31) Vgl. ung. H. G. §. 445 Abs. 1.
32) Vgl. ung. H. G. §. 445 Abs. 2.

fall des Warrants behoben wird, gerichtlich zu hinterlegen (§. 30 Abs. 4). Wird der Warrant am Verfallstage nicht eingelöst, so hat der Eigenthümer desselben die an den Domiciliaten erfolgte Präsentation zur Zahlung, sowie die Nichterlangung der Zahlung bei sonstigem Verluste des ihm nach §. 36 L. H. G. für den nicht gedeckten Theil seiner Forderung gegen den ersten Indossanten und dessen Nachmänner zustehenden Regreßrechtes durch einen rechtzeitig aufgenommenen Protest feststellen zu lassen (§. 31).[33]) Für die Zeit und Form des Protestes gelten die Bestimmungen der allg. W. O. über den Protest mangels Zahlung (W. O. Art. 87 u. ff.). Wird der Warrant innerhalb der Protestfrist nicht eingelöst, so kann der Eigenthümer desselben und auch der erste Indossant, falls dieser Schein durch Rücklösung an ihn gelangt ist, den Verkauf der Waare bewirken (§. 32).[34]) Damit jedoch das Regreßrecht aufrecht erhalten bleibt, muß der Verkauf der Waare innerhalb 30 Tagen, von der Protestlevirung an gerechnet, veranlaßt werden[35]) (§. 36 Abs. 3). Die Lagerhausunternehmung ist unter Umständen zum Verkaufe der eingelagerten Waaren befugt, und zwar 1. im Falle des Verzuges seitens der Bezugsberechtigten und 2. wenn die Waare von Verderb bedroht ist. Ein Verzug des Bezugsberechtigten liegt vor, wenn die auf bestimmte Zeit deponirte Waare nach Ablauf dieser Zeit oder auf unbestimmte Zeit eingelagerte Waare innerhalb eines Jahres von dem Zeitpunkte der Einlagerung oder, wenn ein Lagerschein ausgestellt ist, vom Tage der Ausstellung des Lagerscheines an gerechnet, nicht bezogen wird (§. 33). Von der Versteigerung ist der Hinterleger vorher zu verständigen. Der Verkauf selbst kann ohne gerichtliche oder behördliche Intervention geschehen und zwar wenn die eingelagerten Waaren einen Börsen- oder Marktwerth haben, auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise, sonst öffentlich (§§. 16 u. 34 L. H. G., Art. 311 H. G. B.). Vom Erlöse sind zunächst die noch unberichtigten Zoll- und Verzehrungssteuergebühren, die Verkaufskosten, die mit gesetzlichem Pfandrechte ausgestatteten Gebühren und sonstigen Forderungen der Lagerhausunternehmung und endlich die Forderung des Eigenthümers des im Falle vollständiger Befriedigung einzuziehenden, sonst mit dem Vermerke der Theilzahlung zu versehenden Warrants sammt Nebengebühren zu berichtigen (§. 35 Abs. 1 u. 2). Ein etwa noch erübrigender Ueberschuß ist dem Eigenthümer des Besitzscheines gegen Einziehung dieses Scheines auszufolgen (§. 35 Abs. 3).[36]) Wenn die auf den Besitzschein und den Warrant entfallenden Beträge innerhalb drei Monaten nach Verfall des Warrants bezw. nach Ablauf der Lagerzeit nicht behoben werden, so sind sie gerichtlich zu deponiren (§. 35 Abs. 4). Für abhanden gekommene Lagerscheine ist ein ähnliches Amortisationsverfahren eingeführt wie für Wechsel (§. 39).[37])

33) Ung. H. G. §. 446.
34) Ung. H. G. §. 447.
35) Ung. H. G. §. 448.
36) Ung. H. G. §. 449.
37) Ung. H. G. §. 452.

Vertragsbestimmungen, welche einer der Lagerhausunternehmung ex lege obliegenden Verpflichtung widersprechen, sind ohne rechtliche Wirkung (§. 13). Wegen Ueberschreitungen der Vorschriften des Lagerhausgesetzes oder der Concession oder der Finanzverwaltung können Geldstrafen von 10—100 fl. auferlegt werden. Im Falle wiederholten Zuwiderhandelns kann die Concession entzogen werden (§. 49). Die Regierung kann jenen öffentlichen Lagerhäusern, welche für Lagerung vermengter Waaren gleicher Gattung eingerichtet sind, die Aufnahme vom Gesetze abweichender Reglementsbestimmungen gestatten, sofern sie für diese Lagerungsart unerläßlich sind (§. 48 Abs. 1). Gefällsämtliche Vorschriften regeln die derartige Einrichtung öffentlicher Freilager (§. 48 Abs. 2).

Wenn die Parteien sich dem im Reglement vorgesehenen Schiedsgerichte unterwerfen, ist dieses zur Entscheidung von Streitigkeiten aus Lagergeschäften berufen, ohne daß eine Berufung gegen dessen Erkenntnisse zuläßig wäre. Wohl aber kann auf Ungiltigkeit des Schiedsspruches geklagt werden. Die diesbezügliche Klage, die schriftlich eingebracht werden und von einem Advocaten unterfertigt sein muß, ist binnen der unerstreckbaren Frist von acht Tagen nach Zustellung des Schiedsgerichtserkenntnisses beim ordentlichen Richter erster Instanz einzureichen, ohne daß aber hiedurch die Execution des schiedsrichterlichen Erkenntnisses gehemmt würde (§. 11).

§. 140.

3. Das Frachtgeschäft und die Geschäfte der Transportanstalten.[1])

I. Allgemeines.[2])

Damit der Handel seinen Zweck voll erreichen könne, bedarf er der Möglichkeit, Güter, Personen und Nachrichten von Ort zu Ort übertragen zu können. Diesem Zwecke dienen die Transportgeschäfte: sie vermitteln den Güter-, Personen- und Nachrichtenverkehr, und erscheinen daher als wichtige und nothwendige Hilfsgeschäfte des Handels.

Das Handelsgesetzbuch normirt nur den Gütertransport näher, aber auch nicht alle Geschäfte des Gütertransportes, sondern nur eine besonders qualificirte Art desselben, das Frachtgeschäft. Dieses ist im Gegensatze zum einfachen Gütertransporte, der nur die Ueberbringung der Sachen von Ort zu Ort bezweckt, ohne daß dem Transportanten zugleich eine Verwahrungspflicht auferlegt würde, Güterbeförderung verbunden mit der Pflicht zur Verwahrung der Güter während des Transportes. Während der einfache Transport nur dann als Handelsgeschäft betrachtet werden kann, wenn er accessorisches Handelsgeschäft nach Art. 273 Abs. 1 oder Art. 274 ist, so ist das Frachtgeschäft bei gewerbsmäßigem Betriebe subjectives Grundhandelsgeschäft nach Art. 272 Abs. 1 Z. 2, gleichgiltig ob es im Großen oder Kleinen betrieben wird, und selbst auch als ein

1) E. Sax, Die Verkehrsmittel in Volks- u. Staatswirthschaft (1878, 1879); in Schönberg's Hdb. der polit. Oecon. I. S. 503 ff.; Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten. Ein Grundriß (1888).

2) Vgl. Schott in Endemann's Hdb. III. §. 335.

isolirtes Geschäft dann Handelsgeschäft, wenn es von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes oder als Hilfsgeschäft vorgenommen wird (Art. 272 Abs. 2; 273 Abs. 1; 274). Nur auf das gewerbsmäßig betriebene Frachtgeschäft und auf das isolirte Frachtgeschäft des Kaufmannes kommen die im 5. Titel des 4. Buches des H. G. B. für das Frachtgeschäft aufgestellten Bestimmungen zur Anwendung[3]) (Art. 420)[4]), für die Eisenbahnen und die Postanstalt aber, u. zw. für erstere mit gewissen Vorbehalten nur subsidiär (Art. 421).[5]) Ist das Frachtgeschäft nur auf Seiten des Absenders (nicht des Transporteurs) Handelsgeschäft, so kommen auf dasselbe wie auf den einfachen Gütertransport, wenn er accessorisches Handelsgeschäft ist, nur die allgemeinen Bestimmungen des 1. Titels des 4. Buches des H. G. B. und das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung, nicht auch die Vorschriften der Art. 339 ff. H. G. B. Was hier über die Anwendung der Normen des H. G. B. gesagt wurde, gilt nicht nur für den Gütertransport am Lande, sondern auch für den Binnentransport auf dem Wasser. Die Bestimmungen des allg. deutschen H. G. B. über den Seetransport sind in Oesterreich nicht recipirt worden. Der Seetransport ist immer objectives Grundhandelsgeschäft nach Art. 271 Z. 4, gleichgiltig ob Sachen oder Personen befördert werden. Der Personentransport zu Lande oder auf Binnengewässern und Flüssen ist subjectives Handelsgeschäft, wenn er von hiezu bestimmten Anstalten, z. B. Eisenbahnen, Dampfschiffahrtgesellschaften, Pferdebahnunternehmungen, Omnibusunternehmungen gewerbsmäßig betrieben wird (Art. 272 Abs. 1 Z. 3) oder von einem Kaufmanne vereinzelt in seinem Gewerbebetriebe unternommen wird (Art. 272 Abs. 2); endlich accessorisches Handelsgeschäft dann, wenn er als bloßes Hilfsgeschäft betrieben wird (Art. 273).

Was nun schließlich noch den Nachrichtenverkehr betrifft, so ist er nur dann Transport, wenn die Nachricht auf einen körperlichen Gegenstand übertragen dem Adressaten zugemittelt wird (Briefpost). Dieser Nachrichtentransport (z. B. Briefpost) ist Frachtgeschäft und als solches subjectives Handelsgeschäft, auf welches jedoch die Vorschriften des H. G. B. über Handelsgeschäfte im Allgemeinen und das Frachtgeschäft insbesondere (1. u. 5. Titel des 4. Buches) nur soweit Anwendung finden, als nicht besondere Gesetze und Verordnungen bestehen (Art. 421). Dagegen kann die telegraphische Nachrichtenvermittlung nur accessorisches Handelsgeschäft nach Art. 273 H. G. B. sein.

---

3) Vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 9 der Vorbemerkung II. zum 2. Abschnitt des I. Titels des IV. Buches; anders Staub, Comm. Nr. 4 zu Art. 378; Fuchsberger-Gareis, Comm. Note 103 zu Art. 378; Puchelt, Comm. II. Nr. 1 zu Art. 378.

4) Ung. H. G. §. 420; bosn. §. 433.

5) Ung. H. G. §. 421; bosn. §. 434.

§. 141.

II. Das Frachtgeschäft.[1])

1. Begriff, Personen und Gegenstand des Frachtgeschäftes.

I. Das Handelsgesetzbuch gibt keine Definition des Frachtgeschäftes; aber in der gesetzlichen Definition des Frachtführers (Art. 390) ist die Definition des Frachtgeschäftes enthalten. Dieses ist sonach die Uebernahme des Transportes von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern, verbunden mit der Verpflichtung zur Verwahrung der Sache während des Transportes. Wer gewerbsmäßig Frachtgeschäfte betreibt, ist Frachtführer (Art. 390)[2]), und weil das gewerbsmäßige Frachtgeschäft, wie oben gesagt wurde, subjectives Handelsgeschäft im Sinne des Art. 272 Abs. 1 Z. 3 ist, Kaufmann. Ob er als solcher allen Bestimmungen des H. G. B. unterworfen ist, hängt von dem Umfange des Gewerbebetriebes ab; auf den Frachtführer von kleinem Gewerbebetriebe, den gewöhnlichen Fuhrmann, wie ihn das Gesetz nennt (Art. 10), finden die Bestimmungen des H. G. B. über Firmen, Handelsbücher und Procura keine Anwendung (Kaufmann minderen Rechtes).[3]) Der Transportunternehmer braucht, um Frachtführer zu sein, nicht selbst den Transport auszuführen; er kann ihn auch durch seine Leute (Beamte, Angestellte, Gehilfen u. s. w.), ja selbst durch andere Anstalten (wie z. B. durch die Post, durch Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen) besorgen lassen. Denn nicht darauf, wer den Transport thatsächlich versieht, kommt es an, sondern Derjenige ist Frachtführer, in dessen Namen und für dessen Rechnung der Transport bewerkstelligt wird und der dem Absender gegenüber haftet, wenn der Transport überhaupt nicht oder nicht ordnungsmäßig bewerkstelligt wird.

Außer dem Frachtführer kommen beim Frachtgeschäfte als betheiligte Personen noch in Betracht der Absender und der Empfänger. Absender ist Jener, welcher den Transport durch den Frachtführer ausführen läßt, gleichviel ob er selbst in seinem Namen oder im Namen eines Anderen, für eigene oder für fremde Rechnung den Frachtvertrag eingeht. Schließt er den Frachtvertrag für Rechnung eines Anderen ab, so wird dieser letztere der Versender genannt.[4]) In der Regel aber ist der Absender auch Versender. Empfänger (Destinatar, Adressat) ist Der-

1) Vgl. außer den Hand- u. Lehrbüchern des H. R. und den Commentaren des H. G. B. (Art. 390 u. ff.) noch v. Kräwel in Busch's Arch. I. S. 516 ff.; Kuhn ebenda S. 335 ff.; W. Koch in Ztschr. f. H. R. VIII. S. 401 ff.; X. S. 58 ff. (auch separat); Eger, Das deutsche Frachtrecht, mit bes. Berücksichtigung des Eisenbahnfrachtrechtes (1879—1883); Thöl, Handelsrechtliche Erörterungen (1882); Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 441 ff.; XXIX. S. 623 ff.; Swoboda in Allg. öſtr. Ztg. Nr. 34, 35 v. 1864. — Aeltere Literatur s. bei Schott a. a. O. §. 336 Note 1; fremde Literatur bei Goldschmidt, System 4. Aufl. S. 51 bei §. 119. — Geschichtliches bei Goldschmidt, Universalgeschichte des H. R. I. S. 332 ff. — H. G. B. Art. 390—421; ung. H. G. §§. 393—422; bosn. §§. 406—435.

2) Vgl. ung. H. G. §. 393; bosn. §. 406.

3) Siehe oben §. 18.

4) Schott a. a. O. S. 294; v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 390.

jenige, an welchen das zu transportirende Gut abzuliefern ist. Absender und Empfänger, bezw. Versender und Empfänger können auch identisch sein.

II. Gegenstand des Frachtgeschäftes ist der Transport einer beweglichen Sache als Ergebniß der diesbezüglichen Thätigkeit, nicht die Handlung selbst[5]) (locatio conductio operis, nicht operarum).[6]) Durch welche bewegende Kraft (menschliche Kraft, Arbeitsthier, Naturkraft, wie Wind, Wasser, Dampf, Elektricität) der Transport ausgeführt wird (d. i. das Transportmittel) ist für den Begriff des Frachtgeschäftes und des Frachtführers gleichgiltig. Auch ist es gleichgiltig, ob die durch den Transport bewirkte Bewegung der Güter sich auf die räumliche Ausdehnung innerhalb der Grenzen eines Ortes beschränkt (Localverkehr)[7]) oder sich auf räumlich von einander weiter entfernte, geographisch verschiedene[8]) Orte erstreckt (Distanzverkehr), wenngleich manche Bestimmungen des H. G. B. über das Frachtgeschäft den Distanzverkehr vorauszusetzen scheinen, so insbesondere Art. 391 Abs. 2, 392, 394, 404, 405.[9])

§. 142.

2. Der Frachtbrief und andere Papiere des Frachtgeschäftes.

I. Der Frachtvertrag bedarf zu seiner Giltigkeit keiner bestimmten Form (Art. 317 H. G. B.)[1]); er ist perfect in dem Augenblicke, als die beiden Contrahenten des Frachtvertrages, d. i. Absender und Frachtführer (Art. 415 Abs. 2)[1a]), über Transport und Entgelt einig geworden sind.[2]) Die Ausstellung eines Frachtbriefes ist üblich, aber nicht wesentlich; jedoch kann der Frachtführer die Ausstellung eines Frachtbriefes verlangen (Art. 391 Abs. 2)[3]), außer es stände ein Handelsgebrauch entgegen, wie z. B. bei den Möbeltransportanstalten und den Dienstmännern. Der Frachtbrief ist die Beurkundung des Inhaltes des Frachtvertrages, wie derselbe zwischen Absender und Frachtführer wirklich verabredet worden ist oder dem Empfänger gegenüber als verabredet gelten soll.[4]) Der Frachtbrief enthält nach Art. 392[5]): 1. die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen, 2. Namen und Wohnort des Frachtführers,

---

5) Staub, Comm. §. 1 zu Art. 390.

6) R. O. H. G. XX. S. 340 ff.; R. G. XV. S. 76, XXV. S. 108 ff.

7) R. O. H. G. XII. S. 196 ff.; R. G. XX. S. 51; hieher gehört auch der Transport zum Zwecke des Umzuges, selbst wenn der Umzug nur von einem Stockwerke zum andern oder von Zimmer zu Zimmer in demselben Stockwerke erfolgt (Staub, Comm. §. 3 zu Art. 390).

8) v. Hahn, Comm. §. 5 zu Art. 390.

9) Vgl. ung. H. G. §§. 394 Abs. 2, 395, 397, 406, 407; bosn. H. G. §§. 407 Abs. 2, 408, 410, 419, 420.

1) Ung. H. G. §. 311; bosn. §. 328. — Anders nach §. 52 Betr.-Rgl., wo eine bestimmte Form des Eisenbahnfrachtbriefes vorgeschrieben ist.

1a) Ung. H. G. §. 417 Abs. 2; bosn. §. 430 Abs. 2.

2) R. O. H. G. XII. S. 198.

3) Ebenso ung. H. G. §. 394 Abs. 2; bosn. H. G. §. 407 Abs. 2. — Nach dem Int. Uebereink. Art. 6 Abs. 1 u. Betr.-Regl. §. 51 ist der Frachtbrief obligatorisch.

4) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 391; über den Ausdruck „Empfänger" s. v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 390, §. 3 zu Art. 392.

5) Ung. H. G. §. 395; bosn. §. 408. Detaillirter Art. 6 des Int. Ueb. und §. 51 Betr.-Regl.

3. Namen des Absenders, 4. Namen des Destinatars, 5. Ort der Ablieferung, 6. die Bestimmung in Ansehung der Fracht d. i. des Frachtlohnes, 7. Ort und Tag der Ausstellung, und 8. die besonderen Vereinbarungen, welche die Parteien etwa noch über andere Punkte, namentlich über die Zeit, innerhalb welcher der Transport bewirkt werden soll, und über die Entschädigung wegen verspäteter Ablieferung getroffen haben. Ein Frachtbrief mit diesem gesetzlichen Normalinhalte ist ein vollständiger Frachtbrief; ein solcher muß dem Frachtführer, der kraft einer Vereinbarung oder kraft Rechtssatzes das Recht hat, die Ausstellung eines Frachtbriefes zu verlangen, auf Verlangen ausgestellt werden, wie er andererseits auch verpflichtet ist, einen Frachtbrief solchen Inhaltes anzunehmen.[6]) Jedoch ist ein Frachtbrief deshalb, weil er diesen vollständigen Inhalt nicht hat, nicht ungiltig oder rechtsunwirksam, sondern es ist Sache richterlichen Ermessens, im concreten Falle festzustellen, inwieweit eine solche unvollständige Urkunde als Frachtbrief gilt und wirkt; jedoch sind auf einen solchen unvollständigen Frachtbrief Rechtssätze nicht anwendbar, welche das, was ihm fehlt, voraussetzen.[7]) So tritt ein späterer Frachtführer, der das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbriefe von seinem Vormanne übernimmt, in den Frachtvertrag seines Vormannes nur gemäß dem Inhalte des Frachtbriefes ein (Art. 401 Abs. 2).[8]) Ist im Frachtbriefe z. B. der Empfänger nicht genannt, und auch nachträglich ein solcher dem Frachtführer durch den Absender nicht namhaft gemacht worden, so erscheinen selbstverständlich jene Bestimmungen des Gesetzes unanwendbar, welche den „durch den Frachtbrief bezeichneten Empfänger" betreffen, wie die Dispositionsbefugniß desselben nach Art. 402 Abs. 2[9]), die Aushändigung des Frachtgutes an diesen (Art. 403)[10]) und dessen Verpflichtung zur Zahlung des Frachtlohnes im Falle der Annahme des Frachtgutes (Art. 406).[11]) In einem solchen Falle wird der Absender selbst als Destinatar behandelt, er wird zum Rückempfänger des Frachtgutes, sofern er am Bestimmungsorte auffindbar ist oder nicht etwa eine anderweitige Verfügung trifft, wozu er als Absender berechtigt ist (analog Art. 414 Z. 4).[12]) Im Falle der Unauffindbarkeit des Absenders am Bestimmungsorte oder der Verweigerung der Rückübernahme hat der Frachtführer das Recht, den Zustand des Gutes durch vom Gericht zu ernennende Sachverständige feststellen oder das Gut in einem öffentlichen Lagerhause deponiren und ganz oder zum Theile zum Zwecke der Frachtbezahlung öffentlich verkaufen zu lassen.

Der Frachtbrief dient als Beweis über den Vertrag zwischen dem

---

6) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 392; Thöl, H. R. III. §. 10 (S. 15); Eger, Frachtr. I. S. 80; Schott in Endemann's Hdb. III. §. 338 (S. 306).

7) Thöl, H. R. III. §. 10 (S. 15).

8) Ung. H. G. §. 403; bosn. §. 416. Vgl. Int. Ueb. Art. 27; Betr.-Rgl. §. 74.

9) Ung. H. G. §. 404, bosn. §. 417. Für den Fall, als ein Aufgabeschein ausgestellt worden ist, gewähren das ung. und das bosn. H. G. (a. a. O.) dieses Verfügungsrecht bloß dem Besitzer dieses Aufgabescheines.

10) Ung. H. G. §. 405; bosn. §. 418.

11) Ung. H. G. §. 408; bosn. §. 421.

12) Vgl. ung. H. G. §. 416 Z. 4; bosn. §. 429 Z. 4.

Frachtführer und dem Absender (Art. 391 Abs. 1).[13]) Hiedurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Frachtbrief auch noch anderweitige Beweisfunctionen erfüllen kann.[14]) Es wird sogar allgemein angenommen, daß der Frachtbrief für und gegen alle an dem Frachtgeschäft betheiligten Personen gleiche Beweiskraft habe.[15]) Ebensowenig aber ist hiedurch der Frachtbrief als das einzig zulässige Beweismittel für den Frachtvertrag und seine Bedingungen erklärt. Der Frachtbrief liefert vollen Beweis[16]), läßt jedoch Gegenbeweis zu[17]), und es kann auch durch Vereinbarung (z. B. Vermerke im Frachtbrief) die Beweiskraft des Frachtbriefes eingeschränkt oder gar beseitigt werden.[18]) Die Beweiskraft des Frachtbriefes beruht auf dessen widerspruchsloser Annahme durch den Frachtführer.[19])

II. Neben dem Frachtbriefe oder auch statt desselben kommen auch noch andere auf das Frachtgeschäft bezügliche Papiere oder Urkunden vor. Abgesehen von den unten zu erwähnenden Papieren des Eisenbahn- bezw. Postfrachtgeschäftes sind hier zu erwähnen: 1. die Ladekarten, welche im Falle, als der Frachtbrief dem Frachtführer erst nachgeschickt wird, diesen vorläufig vertreten. Sie sind Beurkundungen über die verladenen Waaren. 2. Die Frachtbriefcopien oder -duplicate, dem Haupt- oder Originalfrachtbriefe inhaltlich gleichlautend, für den Absender. Sie können verlangt werden, wenn ihre Ausstellung üblich oder durch Vertrag bedungen ist.[20]) Sie haben nie die Rechtswirkungen des Originalfrachtbriefes, sondern dienen nur zur Bescheinigung über die erfolgte Uebergabe des Frachtgutes an den Frachtführer, der sie unterzeichnet. Sie können aber auch die Stelle des Ladescheines (s. unten) vertreten. 3. Das wichtigste Papier, das bei dem Frachtgeschäfte neben dem Frachtbriefe vorkommt, ist der Ladeschein, d. i. jene Urkunde, durch welche sich der ihn ausstellende Frachtführer zur Aushändigung des Gutes an den darin bezeichneten Destinatar oder dessen Ordre verpflichtet (Art. 413 Abs. 2).[21]) Eine Pflicht zur Ausstellung besteht nur, wenn die Ausstellung

---

13) Ung. H. G. §. 394; bosn. §. 407. Int. Uebereink. Art. 8 Abs. 3; Betr.-Rgl.

14) Prot. S. 1228. [§. 54 Abs. 3.

15) Staub §. 6 zu Art. 391; Goldschmidt, H. R. I. S. 739; Eger, Frachtr. I. S. 51; Schott a. a. O. (S. 307). Der Empfänger unterwirft sich durch Annahme des Frachtgutes und des Frachtbriefes dem Frachtvertrage nach Maßgabe desselben. Gegebenenfalls hat der Empfänger auch die durch unrichtige Declaration des Absenders im Frachtbriefe verwirkte Conventionalstrafe zu erlegen, auch wenn er keine Kenntniß von der falschen Declaration hatte (R. O. H. G. XXI. S. 181 ff., und Eger, Eisenbahnrechtl. Entscheidungen II. S. 436).

16) v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 391; Staub, Comm. §. 2 zu Art. 391; anders Makower, Comm. zu Art. 391 und Puchelt, Comm. II. Nr. 2 zu Art. 391.

17) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 391; Staub, Comm. §. 3 zu Art. 391; Thöl, H. R. III. §. 10. — Vgl. R. O. H. G. VII. S. 216 ff.; IX. S. 71 ff.; XXI. S. 183; XXIII. S. 304 ff.

18) R. O. H. G. VIII. S. 196.

19) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 391; anders v. Stubenrauch, H. R. §. 205.

20) Schott in Endemann's Hdb. III. §. 338 (S. 311). Vgl. §. 54 Abs. 5 des Betr.-Rgl.; Duplicate sind vorgeschrieben in Art. 8 Abs. 5 Int. Ueb.

21) Ung. H. G. §. 415 Abs. 2; bosn. §. 428 Abs. 2. Vgl. R. G. XXXII. S. 26 ff.

vereinbart wurde (Art. 413 Abs. 1)[22]); wohl aber hat im Falle der Ausstellung jeder Theil ein Recht auf den üblichen gesetzlich normirten Inhalt desselben.[23]) Wie der Frachtbrief das Rechtsverhältniß zwischen Absender und Frachtführer, so regelt der Ladeschein jenes zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger; sein Inhalt aber ist im Wesentlichen jener des Frachtbriefes (vgl. Art. 414 mit Art. 392)[24]); die in denselben nicht aufgenommenen Bestimmungen des Frachtvertrages haben gegenüber dem Empfänger keine rechtliche Wirkung, sofern nicht auf dieselben ausdrücklich Bezug genommen ist (Art. 415 Abs. 1).[25]) Als Besonderheiten des Ladescheines gegenüber dem Frachtbriefe sind zu bemerken: 1. Wenn auch Art. 414 der in Art. 392 Z. 8 erwähnten besonderen Vereinbarungen nicht gedenkt, so steht doch nichts im Wege, daß auch der Ladeschein diese, oder wenn er statt eines Frachtbriefes ausgestellt ist, überhaupt besondere Vereinbarungen enthält.[26]) 2. Dem Namen des Destinatars kann im Ladeschein auch die Ordreclausel beigefügt sein, wodurch der Ladeschein zum Ordrepapiere wird (Art. 414 Z. 4, 302).[27]) Ist der Ladeschein lediglich an Ordre gestellt, ohne daß ein Destinatar genannt ist, so gilt der Absender als Empfänger (Art. 414 Z. 4). Auf einem solchen Ordreladescheine finden selbstverständlich die oben (§. 102) erörterten Grundsätze für Ordrepapiere (Art. 302, 303, 305)[28]) Anwendung. 3. Der Ladeschein muß vom Frachtführer oder dessen Vertreter[29]) unterschrieben sein. Durch den Ladeschein soll der Destinatar des Frachtgutes gegen Verfügungen des Absenders über dasselbe sichergestellt werden, indem der Empfänger in ein directes obligatorisches Verhältniß zum Frachtführer tritt und schon vor Auslieferung des Frachtgutes an ihn mittelbar die Detention des Frachtgutes, das Dispositionsrecht über dieses erhält, so daß der Frachtführer diesfalls späteren Weisungen des Absenders wegen Zurückgabe oder Auslieferung des Frachtgutes an eine andere als durch den Ladeschein als Empfänger legitimirte Person nur dann Folge leisten darf, wenn ihm der Ladeschein ausgefolgt wird, widrigenfalls er dem rechtmäßigen Inhaber des Ladescheines für das Gut haftet (Art. 416).[30]) Nur der auf dem Ladeschein bezeichnete Destinatar oder derjenige, auf den der Ladeschein, wenn er an Ordre lautet, durch Indossament übertragen ist, gilt als zum Empfange des Frachtgutes legitimirt (Art. 417).[31]) Der Empfänger hat den Empfang des Gutes am Ladeschein zu bestätigen und diesen dem Frachtführer zurückzustellen, der anders zur Auslieferung des Gutes nicht verpflichtet ist (Art. 418).[32]) Der Ladeschein hat den Charakter

---

22) Ung. H. G. §. 415 Abs. 1; bosn. §. 428 Abs. 1.
23) Goldschmidt, System S. 228.
24) Vgl. ung. H. G. §§. 416 u. 395; bosn. §§. 429 u. 408. [§. 430 Abs. 1.
25) Ung. H. G. §. 417 Abs. 1; bosn.
26) Staub, Comm. §. 9 zu Art. 414.
27) Ung. H. G. §§. 416 Z. 4, 295; bosn. H. G. §§. 429 Z. 4, 314.
28) Ung. H. G. §§. 295, 296, 297, 298; bosn. H. G. §§. 314, 315, 316.
29) R. O. H. G. XVII. S. 97, 98.
30) Ung. H. G. §. 418; bosn. §. 431.
31) Ung. H. G. §. 419 Abs. 1; bosn. §. 432 Abs. 1.
32) Ung. H. G. §. 419 Abs. 2; bosn. §. 402 Abs. 2.

eines Werthpapieres (Traditionspapieres, Verpflichtungsscheines). Sofern er an Ordre lautet (s. oben §. 102), ist er indossables Ordrepapier.

Der Absender hat dem Frachtführer auf dessen Verlangen eine von ihm unterzeichnete gleichlautende Copie des Ladescheines auszustellen (Art. 414), welche auch die Stelle des Frachtbriefes vertreten kann.

4. Bei Gütern, welche vor der Ablieferung an den Destinatar einer zoll- oder steueramtlichen Behandlung unterliegen, ist der Absender verpflichtet, den Frachtführer in den Besitz der aus diesem Anlasse erforderlichen Begleitpapiere (Zolldeclarationen, Zollquittungen, Ursprungsscheine) zu setzen. Er haftet dem Frachtführer, soferne nicht diesen selbst ein Verschulden trifft, für alle Strafen und Schäden, welche diesem wegen Unrichtigkeit oder Unzulänglichkeit oder Mangel der Begleitpapiere erwachsen (Art. 393).[33])

§. 143.

3. Pflichten des Frachtführers.[1])

(Rechte des Absenders und Empfängers.)

I. Aus dem Frachtvertrage entspringt eine dreifache Pflicht des Frachtführers, die Pflicht des Transportes, der Verwahrung und der unversehrten und rechtzeitigen Auslieferung der Frachtgüter. 1. Die Transportpflicht des Frachtführers besteht darin, daß er die ihm übergebenen Güter an den Bestimmungsort bringen soll. Er ist daher verpflichtet, die hiezu erforderlichen Handlungen vorzunehmen und Alles zu thun, was den Umständen gemäß von ihm nach den Grundsätzen der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gefordert werden kann, um das Gut seiner Bestimmung zu übergeben. Es ist dies eine dem Wesen des Geschäftes entspringende Pflicht. Das Gesetz gedenkt derselben in den Bestimmungen des Art. 394[1a]) über den Antritt der Reise; allerdings nur mit Rücksicht auf die Einhaltung der Lieferzeit im Distanzverkehre, doch können diese Bestimmungen auch beim sonstigen Transporte Anwendung finden. Trifft den Absender ein Verschulden an der Nicht-Ausführung des Transportes, unterläßt er z. B. absichtlich die hiezu erforderlichen Handlungen, so haftet er für das Interesse, außer er hätte einen gerechtfertigten Grund zum Rücktritte. Wird aber die Leistung unmöglich — und dies ist sie schon dann, wenn sie nicht rechtzeitig erfüllt werden kann, — wenn auch nur relativ unmöglich, so ist der Frachtführer seiner Transportpflicht enthoben, hat aber die relative Unmöglichkeit durch eine entsprechende Erklärung zur Kenntniß des Absenders zu bringen.[2]) Eine solche Unmöglichkeit tritt ein bei Verlust oder Untergang des Frachtgutes, bei Eintritt höherer Gewalt (Naturereignisse, wie Ueberschwemmung u. dgl., Ausfuhrverbot bei Kriegsausbruch ꝛc.), endlich wenn die Transportgehilfen oder die Transportmittel versagen. Weiters

---

33) Ung. H. G. §. 396; bosn. §. 409; Int. Ueb. Art. 10; Betr.-Rgl. §. 59.

1) Vgl. außer der Lit. in §. 141, Note 1, noch Eger in Geller's C. Bl. f. jur. Praxis II. S. 1 ff.

1a) Ung. H. G. §. 397; bosn. §. 410. Vgl. Int. Ueb. Art. 14, 18; Betr.-Rgl. §§. 63, 65.

2) Schott in Endemann's Hdb. III. §. 334 (S. 314).

tritt Liberirung des Frachtführers von seiner Transportpflicht ein, wenn der Absender oder Empfänger die Ausführung oder Vollendung des Transportes unmöglich machen. Jedoch wird der Frachtführer in allen hier erwähnten Fällen nur dann liberirt, wenn er nicht selbst durch sein Verschulden zu dem Unmöglichwerden der Leistung beigetragen hat, sei es durch Mangel der nöthigen Sorgfalt, oder durch culpa in eligendo im Falle des Versagens der Gehilfen oder wenn die Gründe des Versagens der Gehilfen und der Transportmittel in seiner Person liegen. Bei theilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung, d. h. wenn der Transport zum Theil ausgeführt ist und nur seine Vollendung unmöglich wird, ist, wenn der Absender hieran schuld ist, dieser verpflichtet, den Frachtführer zu entschädigen[3]), wenn aber der Frachtführer schuld ist, so verliert letzterer seinen Anspruch gegen den Absender und steht ihm nur der Bereicherungsanspruch zu.[4]) Sind beide Theile schuldlos, so haben beide nur einen Bereicherungsanspruch.[5])

Der Transport ist dem Frachtvertrage gemäß auszuführen, daher insbesondere auch unter Umständen durch ein bestimmtes Transportmittel, z. B. wenn davon die Dauer des Transportes oder die Conservirung der transportirten Waare abhängt.[6]) Stehen dem Frachtführer mehrere Wege zur Verfügung, so hat er das Frachtgut auf jenem Wege zu leiten, welcher ihn im Interesse des Absenders bezw. Empfängers als der zweckmäßigste erscheint[7]), daher unter sonst gleichen Umständen auf dem kürzesten Wege.

Die Transportpflicht beginnt mit Abschluß des Vertrages oder bei gesetzlicher Transportpflicht mit Uebergabe des Frachtgutes zum Transporte, und endigt abgesehen von dem oben besprochenen Falle der Unmöglichkeit der Leistung durch Ablieferung des Gutes an den Adressaten (Art. 403)[8]) oder gerichtlich verfügte Deponirung desselben (Art. 407)[9]), oder durch Weisung und anderweitige Verfügung des Absenders (Art. 402)[10]) oder des Empfängers, wenn der Frachtführer zu früherer Ablieferung ermächtigt war (Art. 404)[11]), oder durch Rücktritt des Absenders oder des Frachtführers und endlich durch Aufhebung des Vertrags durch mutuus dissensus.[12])

2. Die aus der Natur des Frachtvertrages sich ergebende **Verwahrungspflicht** des Frachtführers hat in der ihm vom Gesetze auferlegten Haftpflicht für Verlust und Beschädigung des Frachtgutes während des Transportes (Art. 395 Abs. 1)[13]) Ausdruck gefunden. Diese Haftpflicht

3) Schott a. a. O. (S. 315).
4) Vgl. R. O. H. G. IV. S. 176 f.
5) Vgl. R. O. H. G. IV. S. 176 ff.; Fr. Mommsen, Beitr. I. §. 31; III. S. 423 ff; Windscheid in Krit. Ztschr. f. ges. R. W. II. S. 139 ff.; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XVI. S. 362 f.; Schott a. a. O. (S. 315).
6) Schott a. a. O. (S. 313).
7) Vgl. Deutsches Eisenbahn-Betr.-Regl. §. 50 Z. 3 Abs. 3 S. 2.
8) Ung. H. G. §. 405; bosn. §. 418; Int. Ueb. Art. 16 Abs. 1; Betr.-R. §. 66 Abs. 1.
9) Ung. H. G. §. 409; bosn. §. 422.
10) Ung. H. G. §. 404; bosn. §. 417; Int. Ueb. Art. 15; Betr.-Rgl. §. 64. — Wegen der Berechtigung des mit Aufgabeschein legitimirten nach ung. und bosn. H. R. s. oben §. 141 Note 9.
11) Ung. H. G. §. 406; bosn. §. 418.
12) Schott a. a. O. S. 326.
13) Ung. H. G. §. 398 Abs. 1; bosn. §. 411 Abs. 1; Int. Ueb. Art. 30 Abs. 1; Betr.-Rgl. §. 75 Abs. 1. — Vgl. v. Kräwel in Busch's Arch. II. S. 425 ff.; Wolff ebenda XIX. S. 460 ff.

des Frachtführers umfaßt, wenn dem Frachtführer „bösliche Handlungsweise" nachgewiesen werden kann[14]), den vollen Schadenersatz (Art 396 Abs. 5)[15]), d. i. nach Art. 283 nicht nur das dannum emergens, sondern auch lucrum cessans.[16]) Unter böslicher Handlungsweise ist der dolus verstanden, und außerdem „die luxuria d. h. die im Bewußtsein der Gefahr sich über dieselbe frevelhafter Weise hinwegsetzende (positive oder negative) Handlungsweise"[17]), der frevelhafte Leichtsinn und Muthwille, der zwar die Beschädigung nicht beabsichtigt, sich aber bei seinem Handeln der damit verbundenen Gefahr bewußt ist und dennoch das Handeln nicht ändert[18]), „die Gewissenlosigkeit, gänzliche Kopflosigkeit, maßlose Sorglosigkeit"[19]), „nicht aber die reine Fahrlässigkeit, der bloße Mangel an Sorgfalt".[20]) Kann dem Frachtführer aber bösliche Handlungsweise nicht nachgewiesen werden, so hat er im Falle des Verlustes des Frachtgutes nur den gemeinen Handelswerth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Ablieferung, zu der Zeit hatte, in welcher das Gut abzuliefern war, oder wenn das Frachtgut keinen Handelswerth hat, den gemeinen Werth desselben. Hievon wird abgezogen, was infolge des Verlustes des Gutes an Zöllen und Unkosten erspart wurde[21]) (Art. 396 Abs. 1, 2 u. 4).[22]) Im Falle der Beschädigung des Frachtgutes ist der Unterschied zwischen dem Verkaufswerthe des Gutes im beschädigten Zustande und dem gemeinen Handelswerthe, den das Gut ohne diese Beschädigung am Orte und zur Zeit der Ablieferung gehabt hätte, bezw. der gemeine Werth des Gutes, nach Abzug der Zölle und Unkosten, soweit sie infolge der Beschädigung erspart sind[23]), zu ersetzen (Art. 396, Abs. 3 u. 4).[24]) Der Frachtführer aber haftet nicht nur für sein eigenes Verschulden in obiger Weise, er haftet auch für Andere und zwar 1. für seine Leute (d. i. im Gewerbebetriebe des

---

14) Der Beweis des dolus obliegt dem Schadenersatz Fordernden (R. O. H. G. VI. S. 429), falls nicht der Richter nach der Sachlage den dolus bereits als erwiesen erachtet. (R. O. H. G. XIII. S. 319, XXIII. S. 310, R. G. VII. S. 128.

15) Ung. H. G. §. 399; bosn. §. 412.

16) R. O. H. G. III. S. 108 ff., X. S. 218 ff., XIII. S. 319, XXI. S. 21.

17) v. Hahn, Comm. II. §. 12 zu Art. 396; R. O. H. G. III. S. 111, X. S. 220.

18) R. O. H. G. VIII. S. 429, IX. S. 302.

19) R. O. H. G. VIII. S. 326; vgl. VI. S. 428 ff.; XVII. S. 301; R. G. I. S. 22; Bolze, Praxis des R. G. I. Nr. 1026, IV. Nr. 693.

20) R. O. H. G. X. S. 218. Nach den Prot. S 4780, 5112—5115, 5123, ist „bösliche Handlungsweise" dasselbe wie dolus und culpa nach gemeinem Rechte. Hiermit stimmt §. 1324 a. b. G. B. überein, nach welchem der Beschädigte im Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens volle Genugthuung zu fordern berechtigt ist. (Vgl. Obstg. Erk. in Geller's C. Bl. für jurist. Praxis III. S. 118; vgl. Geller's Gesetzesausg. I. Abth. II. Bd. [H. G. B.] Note 6 zu Art. 396 und Noten zu Art. 427, Schlußsatz).

21) R. G. Erk. v. 11. Nov. 1882 bei Puchelt, Comm. Note 8.

22) Ung. H. G. §. 399 Abs. 1, 2 und 4; bosn. §. 411 Abs. 1, 2 u. 4; Int. Ueb. Art. 34, Betr.-Rgl. §. 80.

23) Vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 6 zu Art. 396; Staub, Comm. §§. 2 und 3 zu Art. 396.

24) Ung. H. G. §. 399 Abs. 3 und 4; bosn. §. 411 Abs. 3 u. 4; Int. Ueb. Art. 34, Betr.-Rgl. §. 83.

Frachtführers für bestimmte Arbeiten Angestellte)[25]) und für andere Personen, deren er sich bei Ausführung des Transportes bedient (Art. 400)[26]), welche zum Unterschied von den Leuten des Frachtführers in keinem Dienstverhältnisse zu ihm stehen, sondern nur ad hoc gedungen sind. Der Umfang der Haftung beschränkt sich auf Handlungen, die mit dem Verluste oder der Beschädigung des Frachtgutes oder mit der Verzögerung zusammenhängen, und die sich auf die Ausführung des Transportes beziehen.[27]) Der Frachtführer haftet 2. für andere Frachtführer, denen er bezw. sein Nachmann das Gut zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung des von ihm unternommenen Transportes übergibt (Art. 401 Abs. 1).[28]) Jeder Frachtführer, welcher auf einen anderen Frachtführer folgt, tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbriefe annimmt, in den Frachtvertrag gemäß dem Frachtbriefe ein, übernimmt eine selbständige Verpflichtung zur Ausführung des Transportes gemäß dem Inhalte des Frachtbriefes, und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeiten derselben einzustehen (Art. 401 Abs. 2).[29]) So entsteht allerdings eine Reihe selbständiger Frachtverträge, jeder Frachtführer schließt als selbständiger Contrahent den Frachtvertrag ab, hat selbständige Rechte und Pflichten; aber sie bilden nichts destoweniger eine zusammenhängende Reihe, indem Jeder für alle seine Nachmänner haftet und für alle Verbindlichkeiten seiner Vormänner einstehen muß. In der Regel nennt man den ersten Frachtführer den „Hauptfrachtführer", die weiteren Frachtführer „Zwischenfrachtführer". Doch empfiehlt es sich hier zwischen „Zwischenfrachtführern" und „Unterfrachtführern" zu unterscheiden.[30]) Zwischenfrachtführer in diesem engeren Sinne ist jener, der die Fortsetzung oder Vollendung des Transportes an jenem Punkte übernimmt, bis zu welchem der erste Frachtführer den Transport übernommen hatte, Unterfrachtführer aber jener, welchem der Hauptfrachtführer, der den Transport bis zum thatsächlichen Endziele (Bestimmungsorte) übernommen hatte, das Gut zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung (Fortsetzung, Vollendung) des Transportes übergibt. Nur von letzterem gilt das oben Gesagte; aber auch dieser haftet dem Absender bezw. dem Empfänger gegenüber nur dann direct und für den ganzen Transport, wenn er das Gut mit dem ursprünglichen (sog. directen oder durchgehenden Frachtbriefe) übernommen hat, aber nur nach dem Inhalte des Frachtbriefes. Dem Absender bezw. Empfänger gegenüber sind mehrere Unterfrachtführer Correalschuldner (Sammtfrachtführer) für den Gesammttransport. Es haftet sohin jeder für die Verbind-

25) Casuistik s. bei Staub, Comm. zu Art. 400.

26) Ung. H. G. §. 402; bosn. §. 415; Int. Ueb. Art. 29, Betr.-Rgl. §. 9. [Art. 400.

27) Puchelt, Comm. II. Anm. 2 zu

28) Ung. H. G. §. 403 Abs. 1; bosn. §. 415 Abs. 1. Vgl. Int. Ueb. Art. 27 Abs. 1, Betr.-Rgl. §. 74 Abs. 1.

29) Ung. H. G. §. 403 Abs. 2; bosn. §. 415 Abs. 2. Vgl. Int. Ueb. Art. 27 Abs. 2, Betr.-Rgl. §. 74 Abs 2. In Int. Ueb. (a. a. O. Abs. 3, 4) u. im Betr.-Rgl. (§. 74 Abs. 3, 4) finden sich noch Vorschriften über die gerichtl. Competenz für diesbezügl. Klagen.

30) So Goldschmidt, System §. 123 (S. 222); vgl. Staub, Comm. und Puchelt, Comm. zu Art. 401.

lichkeiten seiner Vor- und Nachmänner ohne exceptio excussionis und divisionis. Das Verhältniß der Sammtfrachtführer unter einander bestimmt sich nach dem jeweiligen Frachtvertrage und subsidiär nach bürgerlichem Rechte. In diesem Falle erscheinen die einzelnen Frachtführer als Gesammtfrachtführer, Frachtführer für den Gesammttransport, da sie so haften, wie wenn sie ein Jeder selbst den ganzen Transport vom Absendungs- bis zum Ablieferungsorte übernommen hätten. Andernfalls heißen sie Theilfrachtführer, und dann steht nur der erste Frachtführer im Vertragsverhältnisse zum Absender und der letzte zum Empfänger.

Von der ihm gesetzlich obliegenden Haftung ist aber der Frachtführer nach Art. 395[31]) nur dann befreit, wenn a) der Verlust oder die Beschädigung des Gutes durch höhere Gewalt (vis maior) herbeigeführt wurde, d. i. durch ein unvorhergesehenes, die Ausführung des Transportes hinderndes Ereigniß, dessen schädigende Einwirkung auf das Frachtgut durch zweckentsprechende Vorkehrungen nicht vermieden werden kann[32]); b) wenn der Verlust oder die Beschädigung des Frachtgutes infolge seiner natürlichen Beschaffenheit erfolgt ist, z. B. durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. dgl., und endlich c) wenn Verlust oder Beschädigung durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist. Zu diesen im Gesetze erwähnten Fällen gehört auch noch d) der Fall, daß der Schaden von dem Absender oder Empfänger oder durch Personen, für welche diese haften, verursacht wurde. Der Beweis für diese Haftausschließungsgründe obliegt dem Frachtführer. Für Kostbarkeiten, Gelder und Werthpapiere haftet der Frachtführer nur dann, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Gutes angegeben ist (Art. 395 Abs. 2).[32a])

3. Der Frachtführer vollendet die durch Vertrag übernommene Aufgabe erst mit der **Ablieferung** der Waare an den Empfänger. Diese Ablieferung muß vertragsmäßig und rechtzeitig sein. Vertragsmäßig ist sie unter normalen Umständen (d. i. in der Regel), wenn das übernommene Frachtgut in dem übernommenen Zustande und unversehrt am vorgeschriebenen Orte an den Destinatar übergeben wird. Rechtzeitig aber ist die Ablieferung dann, wenn sie zu der durch Vertrag oder Reglement festgesetzten Zeit oder in Ermangelung einer solchen Zeitbestimmung innerhalb der ortsüblichen Zeitfrist erfolgt. Ist weder eine Lieferzeit vereinbart noch eine solche ortsüblich, so hat die Lieferung in angemessener Frist zu geschehen. Der

31) Ung. H. G. §. 398 Abs. 1; bosn. §. 411 Abs. 1. Wegen Int. Ueb. und Betr.-Rgl. s. Note 13.

32) Auch wenn nur relativ unabwendbares Erreigniß. Vgl. Prot. S. 1229, R. O. H. G II. S. 259, VIII. S. 159 ff., XII. S. 107 ff.; R. G. XIX. S. 37 ff.; Erk. des Oest. obst. G. H in österr Ger. Ztg. Nr. 15 v. 1870; **Goldschmidt** in Ztschr. f. H. R III. S. 114 ff.; v. **Hahn**, Comm. II. §§. 10—14 zu Art. 395; W. **Koch**, Eisenbahntransportrecht S. 27. — Vgl. **Exner**, Der Begriff der höheren Gewalt (1883), insbes. S. 50 ff. und auch in **Grünhut's** Ztschr. X. S. 497 ff.; **Dernburg** ebda XI. S. 335 ff.; v. **Hollander**, Die vis maior als Schranke der Haftung im röm. R.; **Gerth**, vis maior; vgl auch **Baron** im civ. Arch. LXXVIII. S. 203 ff.; **Stintzing**, ebda. LXXXI. S. 427 ff.

32a) Ung. H. G. §. 398 Abs. 2; bosn. §. 411 Abs. 2.

Frachtführer ist sohin vor allem zur rechtzeitigen Inangriffnahme des Transportes, d. i. beim Distanztransporte zum rechtzeitigen Antritte der Reise verpflichtet; sodann aber auch zur thunlichst ununterbrochenen Fortsetzung der Transporthandlung bezw. der Reise und endlich zur rechtzeitigen Uebergabe des Frachtgutes an den Destinatar, d. i. zur Uebergabe ohne ungerechtfertigten Verzug nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte.

Wird nun der Antritt der Reise oder deren Fortsetzung durch Naturereignisse oder sonstige Zufälle zeitweilig verhindert, so kann der Absender, ohne die Aufhebung oder Beseitigung dieses Hindernisses abzuwarten, von dem Vertrage zurücktreten, ist jedoch verpflichtet, dem Frachtführer, sofern diesen kein Verschulden trifft, die Kosten zur Vorbereitung „der Reise“ (d. i. der Transporthandlung überhaupt), sowie die Kosten der Wiederausladung zu ersetzen und diesen auch rücksichtlich der bereits zurückgelegten Transportstrecke zu entschädigen. Ueber die Höhe dieser Entschädigungen entscheidet der Ortgebrauch und in dessen Ermangelung das richterliche Ermessen (Art. 394).[33])

Nach Ankunft am Orte der Ablieferung ist der Frachtführer verpflichtet, dortselbst dem durch den Frachtbrief bezeichneten Empfänger das Frachtgut auszuhändigen. In dieser Ablieferungspflicht des Frachtführers zeigt sich seine Doppelstellung gegenüber dem Absender einerseits, und dem Empfänger andererseits. Dem Absender gegenüber ist er durch Vertrag zur Ablieferung des Frachtgutes an den Destinatar verpflichtet (Art. 403)[34]), zugleich aber steht dem Empfänger ein gesetzliches Klagerecht gegen den Frachtführer auf Ablieferung des Frachtgutes zu (Art. 405).[35]) Dem im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger steht der vom Absender auf Grund des ihm nach Art. 402[36]) zustehenden Dispositionsrechtes nachträglich bezeichnete Empfänger gleich. So lange nämlich der Frachtbrief dem Destinatar noch nicht übergeben worden ist, hat der Absender das Recht, die Zurückgabe des Gutes oder dessen Auslieferung an einen anderen als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger zu verlangen (Art. 402).[36a]) Mit der Uebergabe des Frachtgutes an den Empfänger geht dieses Dispositionsrecht auf den Destinatar des Gutes über (Art. 402 Abs. 2), mag dieser der ursprünglich im Frachtbriefe bezeichnete oder der durch nachträgliche Anweisungen des Absenders an dessen Stelle gesetzte sein. Ist kein Frachtbrief ausgestellt, so gilt als Destinatar der Sendung, wer in irgend einer anderen Weise (Adresse der Sendung) als solcher bezeichnet ist.[37])

Die Ablieferung des Gutes kann entweder durch Zustellung an den Destinatar in seinem Handelsetablissement oder, falls er nicht Geschäftsmann ist, in seiner Wohnung geschehen, oder durch Abholung seitens des Destinatars. Ob in concreto das Eine oder das Andere stattzufinden hat,

---

33) Ung. H. G. §. 397; bosn. §. 410; vgl. Int. Uebereink. Art. 18. — Eger in Gruchot's Beitr. XXXVI. S. 174 ff.

34) Ung. H. G. §. 405; bosn. §. 418.

35) Ung. H. G. §. 407; bosn. §. 420. Vgl. Int. Ueb. Art. 16 Abs. 1; Betr.-Rgl. §. 66 Abs. 1.

36) Ung. H. G. §. 404; bosn. §. 417.

36a) Vgl. M. Frey in Gerichtshalle Nr. 97 u. 98 v. 1868.

37) Eger, Frachtr. II. S. 148 ff.

ist quaestio facti. Im Falle das Gut vom Destinatar abzuholen ist, ist es diesem zu avisiren, im Falle der Zustellung ist die Avisirung wohl nur dann nothwendig, wenn seitens des Empfängers rücksichtlich der Uebernahme und Unterbringung des Frachtgutes besondere Maßnahmen zu treffen sind.[38]) Die Auslieferung des Frachtgutes an den Empfänger hat am Bestimmungsorte zu geschehen; vorher darf der Frachtführer das Frachtgut nicht ausliefern, außer er wäre hiezu ermächtigt (vergl. Art. 402, 403, 404 a. E.).[39])

Die Ablieferung des Frachtgutes seitens des Frachtführers an den Destinatar kann durch verschiedene Gründe unmöglich werden, nämlich: 1) wenn der Destinatar (wegen unrichtiger Adresse) nicht zu ermitteln, oder ohne weitere Angabe verzogen oder verreist ist, oder gestorben ist, oder die Abholung unterläßt, oder überhaupt nicht bezeichnet wurde; 2) wenn der Empfänger die Annahme des Frachtgutes oder die Zahlung des Frachtlohnes verweigert; 3) wenn Streit über die Annahme ꝛc. entsteht, z. B. über die Modalitäten derselben, über die Legitimation des Destinatars; 4) wenn Streit über den Zustand des Gutes entsteht (Art. 407 Abs. 1). Bei Vorliegen eines solchen Ablieferungshindernisses hat jeder der Betheiligten das Recht: 1) durch auf Ansuchen des Betheiligten vom Gerichte (Handelsgericht bezw. competentes Bez.-Gericht) ernannte Sachverständige mittels eines schriftlichen oder eines zu Protokoll gegebenen Gutachtens den Zustand des Gutes feststellen zu lassen (Art. 407 Abs. 1, 2, 3); 2) beim Gericht anzusuchen, daß es die Hinterlegung des Gutes in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten anordne (Art. 407 Abs. 4), und 3) beim Gericht zu beantragen, daß das Gut ganz oder zu einem entsprechenden Theile behufs Bezahlung der Fracht und der übrigen Forderungen des Frachtführers öffentlich verkauft werde (Art. 407 Abs. 4). Ueber jedes dieser Ansuchen hat der Richter stets auch die Gegenpartei zu hören (Art. 407 Abs. 5).[40])

Für den Schaden, der durch nicht rechtzeitige Lieferung entsteht, haftet der Frachtführer, sofern er nicht beweist, daß er die Verspätung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können (Art. 397)[41]), u. z. hat er im Falle über die Höhe des Schadenersatzes im Vertrag nichts festgesetzt ist, den vollen Schaden, sohin nicht nur das damnum emergens, sondern auch das lucrum cessans zu ersetzen (Art. 283).[42]) Es kann jedoch auch durch Vertrag Anderes vereinbart sein; so kann die Höhe der Ersatzsumme für den Fall der verspäteten Ablieferung im Vertrage angegeben sein („Versicherung des Interesse rechtzeitiger Lieferung") [43]), oder es kann für den Fall der verspäteten Ablieferung ein Abzug vom Frachtlohne oder gänzlicher Ver-

38) Schott a. a. O. S. 352.

39) Vgl. ung. H. G. §§. 405, 406, 407 a. E.; bosn. §§. 418, 419, 420 a. E.

40) Identisch mit Art. 407 H. G. B. ist §. 409 des ung. und §. 422 des bosn. H. G. — Vgl. Eger, Ueber die Feststellung des Zustandes des Frachtgutes bei Ablieferungshindernissen (1881).

41) Ung. H. G. §. 400; bosn. §. 413; Int. Ueb. Art. 39; Betr.-Rgl. §. 86.

42) S. oben §. 105.

43) Bei Eisenbahnfrachtbriefen in einer eigenen Rubrik anzusetzen. (Gareis, H. R. §. 66 S. 509.)

lust desselben oder auch eine Conventionalstrafe vereinbart werden. Ist ein Abzug an Fracht oder Verlust derselben oder eine Conventionalstrafe vereinbart, so kann im Zweifel außerdem auch noch Ersatz des durch die verspätete Lieferung entstandenen Schadens, soweit er diesen Betrag übersteigt, verlangt werden (Art. 398)[44]), außer es würde aus dem Vertrage sich Anderes ergeben (Art. 399).[45])

II. Diese Pflichten des Frachtführers sind zugleich die Rechte des Absenders bezw. des Empfängers.[46]) Hat daher der Frachtführer seine Pflichten erfüllt, so erlöschen hiemit auch die Rechte und Ansprüche des Absenders oder Empfängers, so insbesondere durch die Annahme des Gutes und Bezahlung des Frachtlohnes (Art. 408 Abs. 1).[47])

Es ist klar, daß hiemit nur Ansprüche gegen den Frachtführer als Frachtführer gemeint sein können und daß die Annahme des Gutes wie die Zahlung der Fracht vollständig geschehen sein müssen[48]), u. z. durch den im Frachtbrief oder durch die weiteren Weisungen des Absenders bezw. des Empfängers bezeichneten Destinatar, bezw. dessen legitimirten Vertreter; es genügt daher auch nicht nur theilweise Zahlung, was aber Creditirung der Fracht nicht ausschließt[49]), sowie auch nicht Annahme mit Vorbehalt[50]), oder Annahme, die durch Zwang oder Irrthum oder Betrug[51]) veranlaßt worden ist. Nur wegen Verlustes oder Beschädigung, welche bei der Ablieferung äußerlich nicht erkennbar waren, kann der Frachtführer selbst nach der Annahme und nach Bezahlung der Fracht in Anspruch genommen werden, jedoch nur wenn 1) sofort nach Entdeckung des Verlustes oder der Beschädigung um deren Feststellung angesucht wird, und wenn 2) bewiesen wird, daß der Verlust oder die Beschädigung während der Zeit seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist (Art. 408 Abs. 2)[52]), wobei das Gesetz selbstverständlich unter Verlust nicht den Totalverlust[53]) der Sendung gemeint haben kann, sondern nur Verlust eines Theiles einer Sendung, da sonst von einer Annahme nicht die Rede sein könnte.

---

44) Ung. H. G. §. 101 Abs. 1; bosn. §. 414 Abs. 1.

45) Ung. H. G. §. 401 Abs. 2; bosn.

46) S. oben §. 141. [§. 414 Abs. 2.

47) Ung. H. G. §. 410 Abs. 1; bosn. §. 423 Abs. 1. [§. 343 (S. 366 ff.).

48) Siehe hierüber Schott a. a. O.

49) Schott a. a. O. S. 367; Eger, Frachtrecht II. S. 472 f., 515; anders Wolff im Centr.-Org. N. F. III. S. 164 ff.

50) Schott a. a. O. S. 367; v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 408; R. O. H. G. I. S. 180 ff., XIII. S. 416, XV. S. 34, 380 ff.

51) Schott a. a. O. S. 368; W. Koch in Ztschr. f. H. R. VIII. S. 476 Note 26, und Eisenbahntransportr. S. 76 Note 26; Puchelt, Comm. II. Anm. 1 lit. c zu Art. 408; Eger Frachtr. II. S. 477 ff.

52) Ung. H. R. §. 410 Abs. 2; bosn. §. 423 Abs. 2.

53) Totalverlust ist Verlust eines selbständigen Frachtstückes. „Die Selbständigkeit eines Frachtstückes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß dasselbe mit anderen auf den nämlichen Frachtbrief hin oder mittels der nämlichen Sendung transportirt wird; es genügt, daß es durch den Frachtbrief so individualisirt ist, daß es nicht lediglich als Theil eines größeren Ganzen angesehen werden kann." (Schott a. a. O. S. 370.) Vgl. v. Hahn, Comm. II. zu Art. 428; Puchelt, Comm. II. Nr. 2 zu Art. 408, Nr. 3 zu Art. 428; Eger, Frachtr. II. S. 479 ff., 492, 514, 516; R. O. H. G. XI. S. 34 ff., XV. S. 141 ff.

Die Ansprüche gegen den Frachtführer erlöschen durch **Verjährung** u. z. (nach Art. 408 Abs. 3 in Verbindung mit dem daselbst allegirten Art. 386)[54]) Klage und Einrede gegen den Frachtführer wegen Verlustes[55]), Beschädigung und verspäteter Ablieferung des Gutes nach **einem Jahre**. Die Frist beginnt 1. für Klagen oder Einreden wegen gänzlichen Verlustes mit Ablauf des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein sollen, wobei es gleichgiltig ist, wann der Verlust thatsächlich stattgefunden hat; 2. für Klagen oder Einreden wegen Verminderung (theilweisen Verlustes), Beschädigung oder versäumter Lieferzeit mit Ablauf des Tages, an welchem die Lieferung stattgefunden hat. Für Einreden aber findet diese einjährige Verjährung dann nicht statt, wenn die Anzeige obiger die Einrede begründenden Thatsachen innerhalb der einjährigen Frist abgesandt wird, in welchem Falle an Stelle der kurzen handelsrechtlichen Verjährungsfrist die civilrechtliche dreijährige Frist tritt.[56]) Für die Unterbrechung und Vollendung der Verjährung gelten die civilrechtlichen Grundsätze. Unterbrechungsgründe sind auch hier z. B. Klageerhebung, einredeweise Geltendmachung des Anspruches, Anmeldung im Concurse, Protest, Anerkennung, nicht aber bloße Mahnung oder Reclamation.[57]) Die einjährige Verjährung findet nicht statt in Fällen des Betruges oder der Veruntreuung des Frachtführers.[58])

§. 144.

4. Rechte des Frachtführers.

(Pflichten des Absenders und des Empfängers.)

Aus dem Frachtvertrage wie aus dem Gesetze ergibt sich eine Reihe von Rechten des Frachtführers auf der einen Seite, welchen wieder Pflichten auf Seiten des Empfängers bezw. des Absenders entsprechen. 1. Vor allem hat der Frachtführer das Recht, für Frachtgüter, welche vor Ablieferung an den Empfänger einer zoll- oder steueramtlichen Behandlung unterliegen, vom Absender die hiezu erforderlichen Begleitpapiere zu verlangen. Der Absender haftet dem Frachtführer, sofern nicht diesen selbst ein Verschulden trifft, für alle Strafen und Schäden, welche denselben wegen Unrichtigkeiten oder Unzulänglichkeit der Begleitpapiere treffen (Art. 393).[1]) Auch jene Begleitpapiere, welche aus anderen Gründen, insbesondere aus Gesundheits- oder allgemein wohlfahrtspolizeilichen Gründen gewissen Sendungen beizugeben sind (z. B. Sendungen mit Giften, oder mit leicht explodirbaren Stoffen, oder Vieh, oder Leichen ꝛc.), ist der Absender dem Frachtführer zu übergeben verpflichtet. Allerdings ist dies im Art. 393 nicht ausgesprochen, allein diese Pflicht des Absenders dürfte aus der ihm im allgemeinen obliegenden

---

54) Ung. H. G. §§. 410 Abs. 3, 390; bosn. §§. 423 Abs. 3, 403. Ebenso Int. Ueb. Art. 45.

55) Und zwar Totalverlust (**Schott** a. a. O. S. 370). [Art. 349.

56) Anders v. **Hahn**, Comm. II. §. 7 zu

57) **Schott** a. a. O. S. 372.

58) **Schott** a. a. O. S. 373. Ebenso Int. Ueb. Art. 45.

1) Ung. H. G. §. 396; bosn. §. 409. — Vgl. auch **Eger** in **Grünhut's** Ztschr. XIX. S. 613 ff.

Pflicht, dem Frachtführer das Frachtgut sammt Frachtbrief und den zoll- und steueramtlichen Begleitpapieren, d. i. aus der hierin liegenden Pflicht, dem Frachtführer das Frachtgut in einer dem Transporte und dessen Anforderungen genügenden Art, somit auch mit den in Rede stehenden Papieren versehen, zu übergeben, abzuleiten sein; denn auch diese sind durch Gesetz oder Verordnung verlangte Begleitpapiere der Sendung. Jedoch kann an die unterlassene Uebergabe dieser Papiere oder an die Uebergabe unvollständiger oder ungenügender oder unrichtig ausgefertigter Papiere nicht die im Gesetze (Art. 393 Satz 2) rücksichtlich der steuer- und zollamtlichen Begleitpapiere ausgesprochene Haftpflicht des Absenders geknüpft werden, sondern die Haftung des Absenders für den durch sein Verschulden dem Frachtführer entstandenen Schaden ist hier nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen.[2])

2. Dem Frachtführer steht aus dem Frachtvertrage (Reglement) das Recht auf den durch Vertrag bedungenen Frachtlohn in der vereinbarten oder durch Tarif bestimmten oder in Ermangelung eines Tarifes oder einer Vereinbarung in ortsüblicher Höhe zu. Zur Zahlung des Frachtlohnes ist zufolge ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung der im Frachtbriefe oder im Ladescheine bezeichnete Empfänger der Sendung verpflichtet, sobald er das Frachtgut und den Frachtbrief bezw. Ladeschein anzunehmen erklärt hat (Art. 406, 419).[3]) Indem das Gesetz die Pflicht des Empfängers zur Zahlung des Frachtlohnes bei Annahme des Frachtgutes aufstellt, geht es von dem Gedanken aus, daß erstlich der Frachtlohn als Aequivalent für die Transportleistung principiell erst nach Vollendung des Transportes gefordert werden kann[4]), und daß zweitens der Destinatar durch Annahme der Sendung sich mit dem an ihn erfolgten Transport einverstanden erklärt, gleichviel, ob dieser über seinen directen Auftrag erfolgt war oder nicht, und daß er deshalb die Kosten des für ihn, zu seinen Gunsten vollzogenen Transportes zu tragen habe. Im Falle der Nichtzahlung des Frachtlohnes durch den Empfänger aber kann der Frachtführer sein Recht im Regreßwege gegen seine Vormänner bis zum Absender geltend machen (arg. a contr. Art. 412)[5]) oder er kann sich auch im kurzen Wege für seine Leistung gezahlt machen (Art. 407).[6]) Das Gesetz (Art. 407) gibt ihm für den Fall der Unauffindbarkeit des Adressaten oder der Annahmeverweigerung durch diesen oder im Falle eines Streites über Annahme oder Zustand des Frachtgutes das bereits oben (§. 134) erwähnte Recht, den Zustand des Frachtgutes amtlich feststellen zu lassen, für die Unterbringung desselben provisorisch zu sorgen und endlich auch dasselbe öffentlich zu verkaufen, um sich so von der ferneren Sorge für dasselbe zu befreien, gegen Entschädigungsforderungen sicherzustellen und seine eigenen Forderungen zu befriedigen. Diese Forderung des Frachtführers gegen seine Vormänner bezw. gegen

2) a. b. G. B. §§ 1295 ff.

3) §§. 408 und 419 Abs. 3 des ung. u. §§. 421 u. 432 Abs. 3 des bosn. H. G. Vgl. Int. Ueb. Art. 17; Betr.-Rgl. §. 67.

4) Schott in Endemann's Hdb. III. §. 344 (S. 377).

5) Ung. H. G. §. 414; bosn. §. 427.

6) Ung. H. G. §. 409; bosn. §. 422.

den Absender ist aber nur eine Regreßforderung, eine bedingte, nicht eine unmittelbare, denn er kann, vorausgesetzt, daß nicht Anderes vereinbart ist, sie nur dann geltend machen, wenn die Einbringung dieser Forderung vom Absender aus einem der oben angeführten Gründe vereitelt wird. Es ist nämlich (vorausgesetzt, daß nicht Anderes vereinbart ist) ein Naturale des Frachtvertrages, daß der Frachtführer den Frachtlohn und die Erfüllung der sonstigen ihm aus dem Frachtvertrage zustehenden Forderungen vom Empfänger verlange [7]); und der Frachtvertrag enthält nach Ansicht der Handelswelt die stillschweigende Bestimmung, daß das Gut nur gegen Zahlung der Fracht und der Transportunkosten dem Empfänger auszuhändigen ist.[8]) Obige Regreßforderung gegen die Vormänner und den Absender wird dadurch zu einer bedingten, die der Frachtführer nur dann geltend machen kann, wenn er die hiezu erforderliche Bedingung erfüllt hat, d. h. die Zahlung des Frachtlohnes und der Transportkosten vom Adressaten verlangt hat. Hat er aber das Frachtgut ohne Bezahlung des Frachtlohnes und der Transportkosten abgeliefert, so wird er sowie seine Vormänner (Frachtführer und Spediteure), ohne daß dadurch der Anspruch gegen den Empfänger berührt wird, nach Art. 412 [8a]) des Regreßrechtes gegen die Vormänner, sohin auch gegen den Absender verlustig, außer er würde das ihm vom Gesetze eingeräumte Pfandrecht innerhalb drei Tagen geltend machen, vorausgesetzt, daß der Empfänger bezw. der für ihn Detinirende das Frachtgut noch in Händen hat, und selbes nicht sofort nach Empfang veräußert hat, wodurch das Pfandrecht erloschen wäre.[9]) Von mehreren Frachtführern kommt die Pflicht der Einlösung der Forderungen aller Frachtführer auf den letzten über (Art. 410 Abs. 1); unterläßt er diese, so ist er den Vormännern schadenersatzpflichtig, außer sie hätten sich durch Nachnahme gedeckt, jedoch werden diese, wie bereits oben erwähnt wurde, gleich ihm des Regreßrechtes gegen die Vormänner (Frachtführer, Spediteure) und den Absender verlustig.

Wird der Transport z. B. infolge Anweisung des Absenders oder infolge höherer Gewalt nicht bis zu dem ursprünglich vereinbarten Bestimmungsort ausgeführt, so endet zwar der Frachtvertrag[10]), jedoch hat der Frachtführer in diesem Falle, nicht aber wenn ihn ein Verschulden trifft, wenn er das Gut überhaupt befördert hat und dies nicht bloß eine werthlose Leistung für den Absender war, Anspruch auf Theilfracht.

Doch kann der Frachtlohn dem Frachtführer auch schon vom Absender im vorhinein gezahlt werden (sog. Francatur) u. z. ganz oder theilweise. Dies geschieht entweder einseitig freiwillig seitens des Absenders, oder zufolge Vereinbarung oder (als Francozwang) zufolge reglementarischer Anordnung.[11]) Im Falle der Francaturverpflichtung des Absenders ist der Frachtführer zu Beginn und Ausführung

7) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 412.

8) Preuß. Motive S. 175.

8a) Ung. H. G. §. 414; bosn. §. 429; vgl. Int. Ueb. Art. 23 Abs. 2.

9) v. Hahn, Comm. II. zu Art. 412, Note 1.

10) Schott a. a. O. S. 378; Gareis, H. R. §. 66 (4. Aufl. S. 519).

11) So bei den Eisenb. u. bei der Post.

des Transportes nur gegen Empfang des Frachtlohnes durch den Absender verpflichtet, der Destinatar aber im Falle der Ausführung des Transportvertrages zu kostenfreier Empfangnahme des Frachtgutes berechtigt.[12])

3. Wie auf den Frachtlohn hat der Frachtführer auch Anspruch auf Vergütung für die Ueberleistungen (wie auf die Gebühr für die Ausfertigung des Frachtbriefes, auf die Zähl- und Wiegegelder, Rollgelder d. i. Abholungs- und Zustellungsgebühren, dann auf die Auf- und Abladegebühren, Lager- und Liegegelder, Umladungsgebühren, Nachnahmeprovision) und ebenso auf Ersatz der baaren Auslagen und Verwendungen (wie z. B. Zölle und Steuern, statistische Gebühren, Reparatur-, Verpackungs-, Desinfections-, Avisirungskosten, Versicherungsgebühren, Kosten der Ueberführung z. B. von einem Bahnhof zum andern, sowie der auf das Gut geleisteten Vorschüsse und verauslagten Nachnahmen).

4. Der Frachtführer hat Anspruch auf die etwa verabredeten oder im Reglement der Transportgesellschaft begründeten Conventionalstrafen z. B. wegen unrichtiger oder ungenauer Declaration[13]), wegen Wagenüberladung.

5. Der Frachtführer hat das Recht auf Empfangbestätigung bei Ablieferung des Gutes.[14])

6. Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, sowie der Zollgelder und anderer Auslagen ein gesetzliches Pfandrecht an dem gesammten Frachtgute, welches so lange besteht, als das Gut zurückbehalten oder deponirt ist, ja auch nach Ablieferung des Gutes noch fortdauert, insofern es der Frachtführer binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und sich das Gut noch bei dem Empfänger oder einem Dritten, der für ihn detinirt, befindet (Art. 409 Abs. 1).[15]) Durch dieses Pfandrecht soll der Frachtführer, der zufolge seiner Stellung zum Empfänger das Frachtgut nicht selten vor Bezahlung des Frachtlohnes und der Kosten abzuliefern genöthigt ist[16]), gegen Schaden geschützt werden, so daß er ohne Gefahr vorleisten kann.[17]) Für dieses Pfandrecht gelten die oben (§. 96) entwickelten Grundsätze, insbesondere aber verleiht es dem Frachtführer das Recht, zu seiner Befriedigung den Verkauf des Frachtgutes oder eines Theiles desselben in der oben dargestellten Weise zu veranlassen (Art. 409 Abs. 2).[18]) Dieses Pfandrecht steht dem Frachtführer auch gegenüber den übrigen Gläubigern sowie gegenüber der Concursmasse des Eigenthümers der Sache zu[19]) (Art. 409 Abs. 3).[20])

Geht das Gut durch die Hände mehrerer Frachtführer, so würde jeder vorhergehende Frachtführer durch Uebergabe des Gutes an seinen

12) Daher die Bezeichnung Francatur von franco = frei (vgl. Freimarke).

13) So insbesondere beim Eisenbahntransportvertrag und beim Frachtgeschäfte der Post.

14) Auch durch Rückgabe des Aufgaberecepisses (Schott a. a. O. S. 380).

15) Ung. H. G. §. 411 Abs. 1; bosn. H. G. §. 424 Abs. 1. Vgl. Int. Ueb. Art. 21, 22.

16) Mot. zum preuß. Entw. S. 174.

17) Prot. S. 832, 834.

18) Ung. H. G. §. 411 Abs. 2; bosn. H. G. §. 424 Abs. 2.

19) Siehe oben §. 96.

20) Ung. H. G. §. 411 Abs. 3; bosn. §. 424 Abs. 3.

Nachmann zugleich mit dem Gewahrsam der Sache auch sein Pfandrecht verlieren; und der letzte Frachtführer allein wäre berechtigt, das Pfandrecht u. z. nur als sein Pfandrecht auszuüben. Dieser Consequenz suchte das H. G. B. dem Bedürfnisse des Verkehrs entsprechend durch die Bestimmung vorzubeugen, daß der neu eintretende Frachtführer mit der Uebernahme des Gutes und des Frachtbriefes in den Frachtvertrag gemäß dem Frachtbriefe eintritt (Art. 401)[21]), daß sohin jeder nachfolgende Frachtführer stets verpflichtet ist, die Forderungen seines Vormannes entweder zu vergüten oder deren Einziehung zu übernehmen, wobei das mit dessen Forderungen verbundene Pfandrecht ipso iure auf ihn übergeht, ohne daß es einer besonderen Cession des Pfandrechtes bedürfte, oder dessen Rechte, insbesondere auch das Pfandrecht, auszuüben, und endlich, daß das Pfandrecht der Vormänner so lange fortbesteht als das Pfandrecht des letzten Frachtführers (Art. 410).[22])

Von den durch den Transport entstandenen Pfandrechten geht das spätere dem früheren vor (Art. 411)[23]); alle diese aber gehen jenem des Commissionärs (Art. 378)[24]) oder Spediteurs für Vorschüsse (Art. 382)[25]) vor; unter letzteren entscheidet wieder die Zeit der Entstehung, so daß das früher entstandene dem späteren vorausgeht[26]) (Art. 411).

Neben diesem gesetzlichen Pfandrechte kann der Frachtführer auch noch ein vertragsmäßiges Pfandrecht nach Art. 306 H. G. B. haben (s. oben §. 96).

7. Der Frachtführer hat außerdem noch ein Retentionsrecht an dem Frachtgute gegenüber dem Empfänger wegen des Frachtlohnes; denn er braucht das Frachtgut dem Destinatar nur gegen Zahlung des Frachtlohnes und seiner übrigen Forderungen auszuliefern; u. z. darf er das ganze Frachtgut, nicht etwa bloß einen Theil retiniren.[27]) Dieses Pfandrecht besteht aber nur wegen Forderungen, die sich aus dem Frachtbriefe ergeben. Verschieden hiervon ist das dem Frachtführer nicht in seiner Stellung als Frachtführer, sondern als forderungsberechtigem Kaufmanne gegenüber einem anderen Kaufmanne, der ihm aus beiderseitigen Handelsgeschäften Schuldner ist, zustehende Retentionsrecht[28]); ein Fall, der jedoch nur sehr selten vorkommen wird, da die Voraussetzungen des Art. 313 Abs. 2 H. G. B. (s. oben S. 98) nur sehr selten gegeben sein werden, z. B. wenn der Empfänger nicht annimmt.

§. 145.

5. Die Nachnahme insbesondere.[1])

Eine besondere Modification erleidet der Frachtvertrag noch durch die Nachnahme d. i. eine aus dem Frachtbriefe oder dem Ladescheine erhellende Auflage (legatum) einer Geldsumme auf das Frachtgut, mit der Rechtswirkung, daß der Frachtführer zur Auslieferung des Gutes an den Adressaten

21) Ung. H. G. §. 403; bosn. §. 416.
22) Ung. H. G. §. 412; bosn. §. 425. Vgl. Int. Ueb. Art. 20, 22.
23) Ung. H. G. §. 413; bosn. §. 426.
24) Ung. H. G. §. 379; bosn. §. 392.
25) Ung. H. G. §. 388; bosn. §. 401.
26) v. Stubenrauch, Oesterr. H. R. §. 215 a. E.
27) v. Hahn, Comm. II. §. 12 zu Art. 405.
28) Prot. S. 768—771.
1) Vgl. insbes. Knittel, Die Nachnahme im Speditions- und Frachtverkehr

ohne Zahlung dieser Summe durch Letzteren nicht befugt ist, widrigenfalls er dem Nachnehmenden bis zur Höhe der Nachnahme schadenersatzpflichtig wird.[2]) Für den Begriff der Nachnahme ist es gleichgiltig, ob die Nachnahme von dem Frachtführer an den Nachnehmenden vorausbezahlt ist oder erst nach Eingang gezahlt werden soll. Sie wird in der Regel auferlegt vom Absender, kann aber auch von jedem Vormanne des letzten Frachtführers, und insbesondere auch vom Spediteur auferlegt werden. Bezieht sie sich nur auf die Transportunkosten (Zollgebühren, Reparaturkosten u. s. w.), so heißt sie Spesennachnahme, sonst Werthnachnahme, da sie sich auf den Werth des Gutes bezieht, z. B. die Nachnahme des nichtcreditirten Kaufpreises einer Waare. Die Nachnahme muß auf dem Frachtbriefe oder dem Ladescheine vermerkt sein. Vor Annahme des Gutes und des Frachtbriefes durch den Empfänger hat der Frachtführer ihm gegenüber nur ein Retentionsrecht nach Art. 405 oder ein gesetzliches Pfandrecht nach Art. 409, noch nicht aber einen persönlichen, pfandrechtlich geschützten Anspruch; diesen erhält er erst durch Annahme des Gutes und Frachtbriefes seitens des Empfängers.[3]) Für die Besorgung der Nachnahme kann der Frachtführer eine Provision verlangen.[4])

Das H. G. B. normirt die Nachnahme nicht; doch tragen nach Art. 410[5]) im Zweifel die aus dem Frachtbriefe sich ergebenden Forderungen der Vormänner den Charakter von Nachnahmen für den Nachmann, können daher auch von diesem selbst abgelöst werden.

§. 146.

III. Das Frachtgeschäft der Eisenbahnen insbesondere.[1])

I. Die Bestimmungen des H. G. B. über das Frachtgeschäft (I. Abschnitt des 5. Titels des 4. Buches) finden auch auf Frachtgeschäfte der

---

(1886) Diss.; Schüßler in Gerichtshalle Nr. 84—87 v. 1870. — Vgl. Eisenb. Betr. Rgl. §. 62. [4. Aufl. S. 224.

2) Anders Goldschmidt, System

3) Schott a. a. O. S. 417.

4) So auch bei dem Eisenbahn- und Postfrachtgeschäfte. [Art. 20 Int. Ueb.

5) §. 412 ung. u. 425 bosn. H. G.

1) Ausführliche Literaturangaben s. bei Goldschmidt, System §§. 119, 126 und 127 (4. Aufl. S. 51, 52, 53). — Hier seien erwähnt: Bessel und Kühlwetter, Das preußische Eisenbahnrecht (1855, 1857); Beschorner, Das deutsche Eisenbahnrecht (1858); Michel, Oesterreichs Eisenbahnrecht (1860); v. Hahn, Das deutsche H. G. B. und die Eisenbahnen (1860); Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. IV. S. 569 ff. und die dort Citirten; Otto im Württembergischen Arch. IV. S. 83 ff.; Roßhirt im Arch. f. civ. Praxis XLIV. S. 247 ff.; Hillig, Das Frachtgeschäft der Eisenbahnen (1864); Schrötter, Das preußische Eisenbahnrecht (1883); Schott in Endemann's Hdb. III. §§. 352—363; Eger, Handbuch des preußischen Eisenbahnrechts (1886, 1890); Endemann, Das Recht der Eisenbahnen (1886), und in Busch's Arch. XLII. S. 191 ff.; Gleim, Das Recht der Eisenbahnen in Preußen I. (1891, 1894); W. Koch in Ztschr. f. H. R. X. S. 58 ff. (auch sep.); Fick ebda. Beilageheft zu Bd. XIX.; v. d. Leyen ebda. XXXIV. S. 287; Wehrmann, Das Eisenbahnfrachtgeschäft (1890); Haberer, Das östr. Eisenbahnrecht (VII. Bd. v. Hartleben's Bibliothek des Eisenbahnwesens); v. Pollanetz u. v. Wittek, Oestr. Eisenb.-Ges.-Slg.; v. Schuster u. Weeber, Die Rechtsurkunden der östr. Eisenb. (bisher 17 Hefte). — Internationales Eisenbahnrecht: Eger, Die Einführung eines internat. Eisenbahnfrachtrechts (1877);

Eisenbahnen Anwendung (Art. 421 Abs. 1).[2]) Jedoch wurde es für nothwendig erachtet, einem Theile der Bestimmungen des cit. I. Abschn. d. 5. Tit. d. 4. Buches des H. G. B. rücksichtlich der Eisenbahnen ihren Charakter als Dispositivvorschriften zu nehmen. Da nämlich die Vorschriften des H. G. B. über das Frachtgeschäft dispositiver Natur sind und der Vereinbarung der Contrahenten weiten, freien Spielraum lassen, und da es so insbesondere der Willkür der Betheiligten freisteht, das Maß ihrer Rechte und Pflichten festzusetzen, so lag bei dem Streben der Eisenbahnen, deren Transportgeschäfte, wie dies in der Natur der Sache lag, durch die nur im Bahnverkehr ermöglichte rasche Beförderung, wenn auch nicht rechtlich, so doch factisch fast zum Monopol geworden waren, die Gefahr nahe, daß die vom H. G. B. gewährte Vertragsfreiheit von den Eisenbahnen, die zum unentbehrlichen Verkehrsmittel geworden waren, leicht zum Nachtheile des Publicums mißbraucht werden könnte. Dieser Eingriff der Gesetzgebung in die Vertragsfreiheit der Eisenbahnen ist aber zugleich ein Schutz der Vertragsfreiheit derjenigen, welche mit der Bahn in ein Vertragsverhältniß treten bezw. treten müssen.

II. Deshalb erklärt Art. 423 Abs. 1 H. G. B. die in Art. 395, 396, 397, 400, 401, 408 enthaltenen Bestimmungen über die Verpflichtung der Frachtführer zum Schadenersatze, sei es in Bezug auf Eintritt, Umfang oder Dauer dieser Verpflichtung oder in Bezug auf die Beweislast, den Eisenbahnen gegenüber für principiell absolute Normen, und gestattet den Bahnen nicht, diese Bestimmungen zu ihrem Vortheile durch Verträge (Reglements oder besondere Uebereinkunft) im vorhinein auszuschließen oder zu beschränken.[3]) Dieser Vorschrift entgegengesetzte Vertragsbestimmungen

---

dann in Ztschr. f. öff. R. III. S. 295 ff; in Gruchot's Beitr. XXXV. S. 465 ff.; im Arch. f. b. R. VI. S. 127 ff.; in Hirth's Annalen XXV. S. 300 ff. (und die dort Citirten), und im Arch. f. bürg. R. VI. S. 127 ff.; Meili, Internationale Eisenbahnverträge (1887); Internat. Unionen (1889); Schwab, Das internat. Uebereink. üb. den Eisenb.-Frachtverkehr (1891); Gerstner, Int. Eisenb.-Frachtr. (1893); Rosenthal, Int. Eisenb.-Frachtr. (1894); Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXXIV. S. 627 ff; v. d. Leyen ebenda XXV. S. 240 ff.; XXXIX. S. 1 ff.; Strauß, Wiener Jur. Bl. Nr. 6—10 v. 1893. Geschichtliches bei Schmeidler, Geschichte des deutschen Eisenbahnwesens (1871); Stürmer, Geschichte der Eisenbahnen (1872, 1876); Haberer, Gesch. d. Eisenbahnwesens (I. Bd. obcit. Slg.). — Vom volksw. Standpunkte aus: Knies, Die Eisenbahnen und ihre Wirkungen (1853); Sax, Verkehrsmittel II. (1879); vom staats- und verwaltungsrechtlichen Standpunkte aus: Rösler, Lehrb. des deutschen Verwaltungsrechts I. §. 419 ff.; v. Stein, Hdb. der Verwaltungslehre (2. Aufl.) S. 402 ff.; Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs II./2 §. 73; Löning, Verwaltungsrecht §§. 158 bis 161. — Judicatur: Eger, Eisenbahnrechtl. Entscheidungen deutscher und österreich. Gerichte (seit 1885); Röll, Sammlung der eisenbahnrechtl. Entscheidungen der österreich. Gerichte (seit 1879); Zeitung des Vereins deutscher Eisenbahnen (seit 1861); Archiv f. Eisenbahnwesen (seit 1878). — Rechtsqu.: wie oben §. 141, Note 1; außerdem H. G. B. Art. 422—431; ung. G. G. §§. 422 bis 433; bosn. §§. 435—446; Eis.-Betr.-Rgl. (publ. mit Vdg. des H. Min. u. Just. Min. v. 10. Dec. 1892, Nr. 207 R. G. Bl.); Int. Uebereink. üb. d. Eisenb.-Frachtverk. v. 14. Oct. 1890, Nr. 186 R. G. Bl. v. 1892.

2) Ung. H. G. §. 422; bosn. §. 435.

3) Ebenso §. 424 Abs. 1 ung. H. G. rücksichtlich der analogen Bestimmungen des ung. H. G. in §§. 398, 399, 400, 402, 403, 410, 423; und bosn. H. G.

sind rechtsunwirksam (Art. 423 Abs. 2).[4]) Nur in ganz bestimmten Fällen läßt das H. G. B. innerhalb gewisser Grenzen Vereinbarungen zu. So kann nach Art. 424 (Abs. 1 Z. 1—4) H. G. B.[5]) die Haftpflicht abgelehnt werden für den Schaden, welcher in dem mit dem Absender vereinbarten Transporte in unbedeckten Wagen, oder in dem Bestehen des Absenders auf dem Transporte des Gutes trotz fehlender oder mangelhafter Verpackung oder in dem gemäß Vereinbarung vom Absender besorgten Auf- und Abladen oder in der besonderen eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit des Gutes seinen Grund hat. Ferner kann bei dem Transporte lebender Thiere die Haftpflicht für den Schaden abgelehnt werden, welcher aus der mit dem Transporte dieser Thiere für diese verbundenen Gefahr entstanden ist (Art. 424 Abs. 1 Z. 5).[6]) Endlich kann die Haftung für den die begleiteten Güter treffenden Schaden für den Fall ausgeschlossen werden, daß dieser Schaden geradeaus der Gefahr entstanden ist, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wurde (Art. 424 Abs. 1 Z. 6).[7])

In allen diesen Fällen braucht aber die Bahn nicht erst zu beweisen, daß der Schaden, für den sie die Haftung ablehnt, thatsächlich durch die nicht übernommene Gefahr entstanden sei, sondern das Gesetz stellt vielmehr eine Vermuthung dafür auf, daß ein eingetretener Schaden, wenn er aus der nicht übernommenen Gefahr entstehen konnte, aus derselben wirklich entstanden ist, jedoch ist der Gegenbeweis zulässig (Art. 424 Abs. 2).[8]) Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute schließt die im Sinne des Art. 424 Abs. 1 bedungene Befreiung von der Haftpflicht aus (Art. 424 Abs. 3).[9])

Bei dem Transporte von Gütern, welche nach ihrer natürlichen Beschaffenheit bei dem Transporte in der Regel eine Verminderung ihres Gewichtes oder Maßes erleiden (z. B. durch Eintrocknen, Verstauben, Verdunsten u. ä.), kann nach Art. 426[10]) bedungen werden, daß bis zu einem im Voraus bestimmten Normalsatze[11]) für Verlust an Gewicht und

§. 437 Abs. 1 bezüglich der Vorschriften der §§. 402, 412, 413, 415, 416, 423, 436. Vgl. Int. Ueb. Art. 4.

4) Ung. G. H. §. 424 Abs. 2; bosn. §. 437 Abs. 3. Vgl. Int. Ueb. Art. 4.

5) Ung. H. G. §. 425 Abs. 1 Z. 1—4; bosn. H. G. §. 438 Abs. 1 Z. 1—4. Int. Ueb. Art. 31 Abs. 1 Z. 1—4. Diese Haftung ist ausgeschlossen in §. 77 Abs. 1 Z. 1—4 des Betriebsreglements für die Eisenbahnen der im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder, kundgemacht mit Vdg. des Handelsminist. im Einvernehmen mit dem Justizminister v. 10. Dec. 1892, R. G. Bl. Nr. 207.

6) Ung. H. G. §. 425 Abs. 1 Z. 5; bosn. H. G. §. 438 Abs. 1 Z. 5; Int. Ueb. Art. 31 Abs. 1 Z. 5 ausdrücklich ausgeschlossen in §. 77 Abs. 1 Z. 5 östr. Eisenbahnbetriebs-Reglement.

7) Ung. H. G. §. 425 Abs. 1 Z. 6; bosn. H. R. §. 438 Abs. 1 Z. 6; Int. Ueb. Art. 31 Abs. 1 Z. 6 ausgeschlossen durch §. 77 Abs. 1 Z. 5 östr. Eisenb. Betr.-Rgl.

8) Vgl. ung. H. G. §. 425 Abs. 2; bosn. §. 438 Abs. 2; Int. Ueb. Art. 31 Abs. 2; Eis. Betr. Rgl. §. 77 Abs. 2.

9) Ung. H. G. §. 425 Abs. 3; bosn. §. 438 Abs. 3; Eis. Betr. Regl. §. 77 Abs. 3.

10) Ung. H. G. §. 428; bosn. §. 441; Int. Ueb. Art. 32; Eis. Betr. Regl. §. 78 Abs. 1.

11) Dieser Normalsatz wird in §. 78 Abs. 2 des Eisenbahnbetr.-Regl. festgesetzt mit zwei Percent bei flüssigen und feuchten und den dort angeführten trockenen Gegenständen, wie gespaltenen und gemahlenen Farbehölzern, Rinden, Wurzeln u. s. w., und in Abs. 3 des cit. §. mit ein Procent für alle übrigen trockenen Gegenstände, welche nach ihrer natürlichen Beschaffenheit bei dem Transporte regelmäßig einen Verlust an Gewicht erleiden.

Maß nicht gehaftet werde. Dieser Normalsatz muß, im Falle mehrere Stücke zusammen transportirt worden sind, für jedes einzelne Stück besonders berechnet werden, wenn das Gewicht oder Maß der einzelnen Stücke im Frachtbriefe verzeichnet oder sonst erweislich ist.[12]) Allerdings hätten die Bahnen schon nach Art. 395 für die in der besonderen natürlichen Beschaffenheit des Frachtgutes sich gründenden Gewichts- und Maßverluste nicht zu haften; allein ohne die erwähnte Bestimmung hätte die Bahnverwaltung in jedem einzelnen Falle den Beweis zu liefern, daß der Verlust an Gewicht und Maß in der natürlichen Beschaffenheit des Gutes seinen Grund habe. Dieses Beweises sind die Bahnen durch obige Bestimmung des Art. 426 enthoben, ohne daß aber den Eisenbahnen hiedurch das Recht benommen würde, zu beweisen, daß der natürliche Gewichts- oder Maßverlust den vereinbarten Normalsatz überschritten habe, sowie andererseits dem Absender das Recht zusteht, zu beweisen, daß dieser Verlust weniger als den Normalsatz betrage[13]), daß sohin der vereinbarte Normalsatz der natürlichen Beschaffenheit des Gutes oder den sonstigen Umständen des Falles nicht entspricht, oder endlich daß der Verlust nach den Umständen des Falles nicht in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes entstanden ist.

Rücksichtlich des Reisegepäckes kann nach Art. 425[14]) bedungen werden, daß für Verluste oder Beschädigung von Handgepäck (d. i. von Reisegepäck, das nicht zum Transporte aufgegeben wird) nur dann gehaftet werde, wenn ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen wird, was auch für solches Reisegepäck bedungen werden kann, das sich in Reiseequipagen befindet.[15]) Rücksichtlich des der Bahn zum Transporte aufgegebenen Reisegepäckes aber kann eine bestimmte Reclamationsfrist festgesetzt werden, die mit dem Ablieferungstermine beginnt und nicht kürzer als drei Tage sein darf.[16]) Nach Ablauf dieser Frist kann der Anspruch auf Schadenersatz nicht mehr erhoben werden, nicht aber ist dadurch der Anspruch auf Herausgabe des etwa noch vorhandenen Frachtgutes ausgeschlossen.[17])

Auch rücksichtlich der Höhe des Schadenersatzes gestattet das H. G. B. (Art. 427)[18]) abweichende Vereinbarungen im Eisenbahntransportgeschäfte oder im Betriebsreglement der Bahnen, dahin gehend, daß im Falle des Verlustes oder der Beschädigung des Frachtgutes nicht dessen gemeiner

---

12) Ebenso §. 78 Abs. 4 Eis. Betr. Regl.

13) Prot. S. 4791.

14) Ung. H. G. §. 426; bosn. §. 439.

15) Dies normirt §. 34 Abs. 5 des Oesterr. Eis. Betr. Regl. Vgl. überhaupt über Begriff, Beförderung, Verpackung, Auslieferung des Reisegepäcks §§. 30—38 des Betr. Rgl. — S. auch Keyßner in Busch's Arch. X. S. 60 ff.

16) Nach österr. Eis. Betr. Regl. §. 34 Abs. 3 beträgt diese Frist acht Tage nach Ankunft des Zuges auf der Bestimmungsstation.

17) Prot. S. 4791. — Nach §. 35 Abs. 3 des österr. Eis. Betr. Regl. ist der Reisende, wenn sein Aufenthalt sich ermitteln läßt, und zwar auch wenn er bereits Entschädigung erhalten hat, zu verständigen, wenn das Gepäckstück nachträglich gefunden wurde. Dieser kann dann innerhalb dreißig Tagen nach Empfang dieser Nachricht verlangen, daß ihm das Gepäckstück gegen Rückerstattung des erhaltenen Schadenersatzes, und zwar nach seiner Wahl entweder kostenfrei am Bestimmungsorte oder kosten- und frachtfrei am Aufgabeorte verabfolgt werde.

18) Ebenso ung. H. G. §. 429; bosn. §. 442. Int. Ueb. Art. 34, 35, 40, 41.

Handelswerth im Sinne des Art. 396 der Schaden- oder Verlustberechnung zu Grunde gelegt werden soll, sondern daß der Schadenersatzbetrag den im Frachtbriefe, oder Ladescheine oder Gepäckscheine declarirten Werth oder in Ermangelung einer solchen Angabe den im Voraus vereinbarten Normalsatz nicht übersteigen darf[19]), sowie daß der nach Art. 397 wegen verspäteter Lieferung zu leistende Ersatzbetrag den im Frachtbriefe, Ladeschein oder Gepäckschein als Höhe des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung angegebenen Betrag[20]) und in Ermangelung einer solchen Angabe einen im Voraus bestimmten Normalsatz[21]), welcher auch in dem gänzlichen oder theilweisen Verluste des Frachtlohnes bestehen kann, nicht übersteigen soll. Doch ist auch diese Beschränkung ausgeschlossen im Falle böslicher Handlungsweise der Eisenbahnverwaltung oder ihrer Leute.[22])

Auch für die Geltendmachung der nach Empfangnahme des Frachtgutes entdeckten Mängel (Art. 408 Abs. 2) kann eine Präclusivfrist[23]) in der Weise festgesetzt sein, daß diesfalls jeder Anspruch auf Schadenersatz wegen Verlust oder Beschädigung, wenn er nicht innerhalb dieser Frist, die nicht kürzer als vier Wochen sein darf, geltend gemacht wird, erlischt (Art. 428).[24]) Bei Besorgung des Transportes durch mehrere aneinander anschließende Bahnen kann abweichend von Art. 401 bedungen sein, daß nur die erste oder die letzte Bahn wegen Schadenersatz belangt werden kann, eine in der Mitte liegende aber nur, wenn ihr nachgewiesen wird, daß der Schaden sich auf ihrer Strecke ereignet hat. Hiedurch wird aber das Rückgriffrecht der Bahnen untereinander nicht alterirt[25]) (Art. 429).[26])

Liegt der Ablieferungsort weder an der Bahn der den Transport übernehmenden Bahnverwaltung noch an einer der den Transport fortsetzenden Bahnverwaltungen, so kann durch Vertrag (Reglement) die Haftpflicht der Bahn nur bis zu dem Endpunkte des Bahntransportes vereinbart werden, in welchem Falle dann für die Weiterbeförderung die Bahn als

---

19) Das österr. Eis. Betr. Regl. (§. 80) steht auf dem Standpunkte des Art. 396 H. G. B. Nach §. 80 des citirten Regl. ist nämlich, wenn von der Eisenbahn für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden muß, der gemeine Handelswerth, und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Versandtorte zu der Zeit hatte, zu welcher das Gut zur Beförderung angenommen worden ist, und außerdem Alles, was an Zöllen und sonstigen Kosten, sowie an Fracht etwa bereits bezahlt worden ist.

20) Siehe §. 85 des Eis. Betr. Regl.

21) Siehe §. 87 des Eis. Betr. Regl.

22) So auch §. 88 des Eis. Betr. Regl.

23) Nach §. 90 Abs. 2 Z. 4 des Eis. Betr. Regl. können Entschädigungsansprüche wegen äußerlich nicht erkennbarer Mängel, deren Festsetzung nach der Annahme erfolgt ist, nur dann erhoben werden, wenn der Antrag auf Feststellung der Entschädigung im Sinne des §. 71 d. cit. Regl. unmittelbar nach der Entdeckung des Schadens u. spätestens sieben Tage nach Empfangnahme des Gutes bei der Eisenbahn oder bei dem zuständigen Gerichte angebracht wird. Der Berechtigte muß beweisen, daß der Mangel während der Zeit zwischen der Annahme zur Beförderung und der Ablieferung entstanden ist. Ebenso nach Art. 44 Int. Uebereink.

24) Ung. H. G. §. 430; bosn. §. 443.

25) Nach dem Int. Ueb. (Art. 27 Abs. 3) kann die Klage unbeschadet des Regreßrechtes der Bahnen untereinander auch gegen jene Bahn erhoben werden, auf deren Betriebsstrecke der Schaden sich ereignet hat. Ebenso §. 74 Betr. Rgl.

26) Ung. H. G. §. 431; bosn. §. 444.

Spediteur erscheint[27]) (Art. 430).[28]) Hat jedoch der Absender selbst bestimmt, daß das Frachtgut ungeachtet eines anderen im Frachtbriefe genannten Adreßortes an einem an der Bahn liegenden Orte abgegeben werden oder liegen bleiben (sog. bahnrestante, bahnlagernde Sendungen) soll, so ist die Haftung der Bahn nur auf den Transport auf dieser Strecke beschränkt (Art. 431).[29])

III. Aus den oben unter I. dargelegten Gründen besteht auch für die Bahnen ein gewisser gesetzlicher Beförderungszwang.[29a]) Reglementmäßig beschaffene und verpackte oder in Ermangelung diesbezüglicher Bestimmungen zum Transporte mit der betreffenden Bahn nach deren Einrichtung und Benutzungsweise geeignete Sendungen, zu deren Transport die regelmäßigen Transportmittel genügen, können, wenn der Absender in Bezug auf Fracht, Ablieferung und die sonstigen der Eisenbahn durch das H. G. B. freigestellten Transportbedingungen sich den allgemein geltenden Anordnungen der Bahnverwaltung unterwirft, nicht zurückgewiesen werden (Art. 422 Abs. 1).[30]) Jedoch sind die Eisenbahnen nicht früher zur Annahme dieser Güter verpflichtet, als bis die Beförderung derselben geschehen kann (Art. 422 Abs. 2)[31]), es darf aber auch rücksichtlich der Zeit der Beförderung kein Absender vor dem andern ohne einen in den Einrichtungen der Bahn, den Transportverhältnissen oder im öffentlichen Interesse liegenden Grund begünstigt werden (Art. 422 Abs. 3).[32]) Wegen Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften des Frachtzwanges wird die Bahnverwaltung für den dadurch entstandenen Schaden ersatzpflichtig (Art. 422 Abs. 4).[33])

IV. Innerhalb der vom H. G. B. gesteckten Grenzen ist es den Bahnverwaltungen gestattet, die Bedingungen festzustellen, unter welchen sie Transporte übernehmen. Die einschlägigen Bestimmungen des H. G. B. erscheinen diesfalls als Dispositivnormen. Hievon haben die Bahnverwaltungen in ihren Betriebsreglements Gebrauch gemacht, welche aber nicht nur Vertragsofferten[34]) oder Einladungen zu solchen[35]) sind, sondern lediglich die lex contractus enthalten, falls ein Frachtvertrag zustande kommt.[36]) Der internationale Verkehr erheischte den Abschluß von Verträgen unter den Bahnen desselben Staates sowie den Bahnen verschiedener Staaten. Gruppen mehrerer aneinander anschließender Bahnen vereinigten sich behufs Erleichterung und Vereinfachung des Verkehres, um auf Grund einheitlicher Reglements und Tarife auf den sog. Verbandsbahnen zu transportiren.[37]) Der größte Eisenbahnverband in

27) So auch §. 76 Abs. 1 österr. Eis. Betr. Regl. — Für Sendungen nach solchen seitwärts gelegenen Orten, nach welchen die Eisenbahn Einrichtungen für die Weiterbeförderung getroffen hat (§. 68 Abs. 3 cit. Betr. Regl.), erstreckt sich diese Haftpflicht der Eisenbahn als Frachtführer auf den ganzen Transport (§. 76 Abs. 2 cit. Regl.).

28) Ung. H. G. §. 432; bosn. §. 445.

29) Ung. H. G. §. 433; bosn. §. 446; österr. Eis. Betr. Regl. §. 76 Abs. 3. Vgl. auch. Int. Ueb. Art. 30 Abs. 2.

29a) Ebenso nach Int. Ueb. Art. 5.

30) Ung. H. G. §. 423 Abs. 1; bosn. §. 436 Abs. 1.

31) Ung. H. G. §. 423 Abs. 2; bosn. §. 436 Abs. 2.

32) Ung. H. G. §. 423 Abs. 3; bosn. §. 436 Abs. 3.

33) Ung. H. G. §. 423 Abs. 4; bosn. §. 436 Abs. 4.

34) Thöl, H. R. III. S. 90, 91.

35) Thöl, Handelsrechtl. Erörtergn. S. 31; Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XXVIII. S. 445 f.

36) Schott a. a. O. §. 353 S. 468.

37) Schott a. a. O. S. 466.

Deutschland und Oesterreich-Ungarn ist der Verein deutscher Eisenbahnverwaltungen, der fast alle deutschen, sowie die österreichischen und ungarischen Bahnen umfaßt. Ein weiteres Ergebniß der Bestrebungen nach Schaffung eines internationalen Frachtrechtes ist das zu Bern am 14. Oct. 1890 abgeschlossene, mit 1. Jänner 1893 in Kraft getretene internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr (in Oesterreich publicirt durch Vdg d. Handelsmin. im Einvernehmen mit dem Justizministerium v. 10. Dec. 1892, Nr. 207 R. G. Bl.). Dieses Uebereinkommen, dem außer Oesterreich-Ungarn noch Deutschland, Niederlande, Belgien, Luxemburg, Frankreich, Italien, Schweiz, Rußland beigetreten sind, gilt in den einzelnen Vertragsstaaten mit Gesetzeskraft (vgl. Ges. v. 27. Oct. 1892, Nr. 187 R. G. Bl.) und erstreckt sich auf die von den einzelnen Staaten angemeldeten Bahnen.[38]) Es enthält zumeist deutsches (österreichisches) Frachtrecht und gibt insbes. Vorschriften über die Beförderung, Ablieferung, Haftung im Güterverkehre (Art. 6—46), über die Regreßrechte der Bahnen untereinander (Art. 47—56) und über die Errichtung eines Centralamtes (Art. 57—59), das auf Verlangen auch als Schiedsgericht bei Streitigkeiten unter den Bahnen fungirt. Das Reglement v. 14. Oct. 1890 bestimmt als Sitz dieses Amtes Bern. Das Uebereinkommen ist für jeden Vertragsstaat auf drei Jahre nach Beginn seiner Wirksamkeit verbindlich. Will ein Staat nach Ablauf dieser Zeit zurücktreten, so muß er ein Jahr vorher die übrigen Staaten verständigen. Wird von diesem Rechte kein Gebrauch gemacht, so gilt das Unternehmen für weitere drei Jahre verlängert (Art. 60 Uebereink.). Ausgeschlossen von dem Uebereinkommen ist Beförderung von Gegenständen, welche auch nur in einem der am Transporte betheiligten Gebiete dem Postzwange unterliegen, oder die wegen Umfang, Gewicht oder sonstiger Beschaffenheit nach Anlage und Betrieb auch nur einer der am Transport betheiligten Bahnen zur Beförderung nicht geeignet sind, oder deren Beförderung auch nur auf einem der betheiligten Gebiete aus Gründen der öffentlichen Ordnung verboten ist (Art. 2). Zugleich mit diesem Uebereinkommen trat ein neues Eisenbahn-Betriebsreglement in Kraft, welches die für den internen Verkehr geltenden Normen mit dem Uebereinkommen in Einklang zu bringen suchte.[39]) Dasselbe enthält abgesehen von den oben erwähnten Normen noch eine Reihe anderer Bestimmungen über den Güterverkehr, welche, sofern sie mit dem H. G. B. übereinstimmen oder von diesem abweichen, bereits oben berücksichtigt wurden, und ferner noch besondere Vorschriften über die Beförderung von Personen (§§. 10—29), Reisegepäck (§§. 30—38), Expreßgut (§§. 38—41), Leichen (§§. 42, 43), lebenden Thieren (§§. 44—48).

V. Die mit dem Betriebe von Eisenbahnen verbundene Gefahr gab

---

38) S. in Manz Ges. Slg. XI./1. (1894) S. 353 ff.

39) In Deutschland Verkehrsordnung f. die Eisenb. Deutschlands v. 15. Nov. 1892 (R. G. Bl. Nr. 39); vgl. v. d. Leyen, Die Verkehrs-Odg. f. d. Eisenbahnen Deutschlands (1894); v. Buschmann (mit Rumler v. Aichenwehr), Das neue (östr.) Eis. Betr. Rgl. (1892).

Anlaß zur Aufstellung des Grundgesetzes der Haftung der Eisenbahnverwaltungen für Körperverletzungen und Tödtungen nach dem Gesetz v. 5. März 1869, Nr. 27 R. G. Bl., den Fall der vis maior ausgenommen (§. 2 des citirten Gesetzes).

§. 147.

IV. Das Frachtgeschäft der Post und die übrigen Geschäfte derselben.[1])

1. Im Allgemeinen.

I. Für das Frachtgeschäft der Postanstalten haben die Bestimmungen des 1. Absch. d. 5. Tit. d. 4. Buches des H. G. B. nur subsidiäre Geltung;

---

1) A. Post. Ausführliche Literaturnachweise s. bei Schott in Endemann's Hdb. III. §. 365 Note 1; Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- u. Transportanstalten (1888) §. 61; v. Stein, Handb. der Verwaltungslehre (2. Aufl.) S. 389 ff., 393 f., 398 ff. Hier seien noch insbesondere genannt: Kompe in Ztschr. f. deutsches R. XVIII. S. 301 ff.; in Ztschr. f. H. R. XI. S. 7 ff.; Schellmann, Ueber die rechtl. Natur des Postbeförderungsvertrages (1861); Keesbacher, Oesterreichs Postwesen (1870); Meves, Die strafrechtl. Bestimmgn. in dem Ges. üb. das Postwesen des Deutschen Reiches v. 28. Oct. 1871 (1876); v. Stein a. a. O. S. 388 ff.; Mandry, Der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze (1878) §. 35 S. 344 ff.; derselbe im Arch. f. civil. Praxis LX. S. 197 ff.; Steinbach, Ueber Eigenthum an Briefen nach österreichischem Rechte (1879); Fuld in Gruchot's Beitr. XXXII. S. 99 ff., 192 ff. (Autorrecht an Briefen); Kohler im Arch. f. b. R. VII. S. 94 ff. (ebenfalls über das Autorrecht); Ulmann, Das Urheberrecht an Briefen (Diss. Erlangen); Petschek im Archiv f. bürg. Recht IX. S. 86 ff.; v. der Osten, Der einfache Sachtransport nach deutschem Reichs-Postrecht (1883); Göpfert, Staatspost u. Privatpost (1887); Schmidt in Gruchot's Beitr. XXXIV. S. 177 ff. (auch separat); Tinsch, Die Postanweisung (1890); und in Gruchot's Beitr. XXXV. S. 193 ff.; Mittelstein, Beiträge zum Postrecht (1891), u. in Gruchot's Beitr. XXXVI. S. 579 ff.; Pfizer in Ihering's Jahrb. XXXI. S. 330 ff.; Kann, Die Transportgesch. d. Post (Diss. Erlangen 1892); Haass, Die Post und der Charakter ihrer Einkünfte (1890); Loewi, Die Postanweisung (1892); Lehmann, Der Weltpostverein u. s. Congresse (1879); Jung, Der Weltpostverein u. d. Wiener Postcongreß (1892; Sep.-Abdr. aus Schmoller's Jahrb. f. Gesetzgebung ꝛc. XVI. 1. Heft); Wanka, Das Postwesen von Oesterreich (1891, 1892; bis jetzt drei Lieferungen); Hull, Die dtsche. Reichspacketpost (1892); Kosel, Oesterreichische Postvorschriften I. Theil (1893); Schmidt, Die Grenzen der Haftpflicht der Reichspostverwaltung (1889); Sieblist, Die Post im Auslande; Veredarius, Das Buch der Weltpost (1894); Weithase, Gesch. des Weltpostvereins (1895); Wirsing, Haftung d. Postanst.; Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 78; Bartl, Handb. f. den ausübenden Postdienst in Oesterreich (7. Aufl.).

B. Telegraphie und Telephonie: Ausführliche Literaturangaben bei Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten (1888) §§. 84 u. 102; und bei Schott in Endemann's Hdb. III. §. 372 Note 1. — Außerdem s. Maas, Der Vertragsabschluß auf elektr. Wege (1889); Ludewig in Ztschr. f. H. R. XXXI. S. 63 ff., XXXV. S. 14 ff.; Meili, Die Fälschung einer telegraphischen Depesche (1889); Horch, Die verwaltungsrechtl. Grundlage des Telephonrechts (1891; Separatabdr. aus Arch. f. öff. R. VI. 1. Heft); Maas, Der Telegraphengesetzentwurf und seine Gefahren (1891); v. Bar, Das Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reiches; Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 79; Fischer in Schmoller's Jahrb. N. F. XVI. 3. Heft S. 1 ff.

Zu A u. B: s. insbes. auch Archiv f. Post u. Telegraphie (Beiheft z. Amtsblatt des deutschen Reichs-Postamtes).

sie gelten nach Art. 241 Abs. 2 H. G. B.[2]) nur insoweit, als nicht durch besondere Gesetze und Verordnungen für dieselben Anderes bestimmt ist.[3]) Die in Oesterreich bestehenden Postvorschriften sind in dem Postgesetze vom 5. November 1837, in der Briefpostordnung vom 5. Nov. 1838 Z. 198/18 und der Fahrpostordnung vom 12. Juni 1838 Nr. 280 J. G. S., wie in den hiezu erflossenen Nachtrags-Gesetzen und -Verordnungen enthalten.[4]) Außerdem aber ist das Postwesen mit Rücksicht auf die ihm innewohnende Bedeutung für das Verkehrsleben der Völker zugleich Gegenstand vertragsmäßiger Regelung mit anderen Staaten[5]) und schließlich auch gemeinsamer internationaler Vereinbarungen fast aller Staaten der Welt geworden. Die letzteren internationalen Vereinbarungen bilden die Quelle des Rechtes des internationalen Postverkehres und wurden in den Weltpostvertrag und dessen Nebenverträgen (zuerst abgeschlossen zu Bern 1874,

---

2) Ebenso §. 421 des ung., §. 434 des bosn. H. G.

3) Der Antrag, die Anwendbarkeit des H. G. B. auf die Post gänzlich auszuschließen, wurde abgelehnt, wobei hervorgehoben wurde, daß das Postregale hiedurch nicht angetastet werde, die Postgeschäfte hiedurch auch nicht zum Gewerbe werden, sowie daß die seitens der Postanstalt abgeschlossenen Frachtgeschäfte den Charakter als Frachtgeschäfte dadurch nicht verlieren, daß der eine Contrahent der Staat sei. Auch wurde die Erhebung der Bestimmungen des H. G. B. über das Frachtgeschäft zur subsidiären Geltung für den Gütertransport der Post als Fortschritt im gemeinsamen Interesse von Deutschland bezeichnet und in diesem Sinne der im Art. 421 Abs. 2 zum Ausdruck gebrachte Beschluß gefaßt (vgl. auch Kosel, Oesterreichische Postvorschriften I. S. 19 Note 4).

4) Vgl. für Deutschland Reichsgesetz über das Postwesen v. 28. Oct. 1871, über das Posttaxwesen v. 28. Oct. 1871, 15. März 1873, 3. Nov. 1874, über Portofreiheiten v. 5. Juni 1869 (vgl. östr. Portofreiheitsges. v. 2. Oct. 1865 Nr. 108 R. G. Bl.).

5) Specialverträge Oesterreichs bestehen gegenwärtig 1. mit Deutschland vom 7. Mai 1872 (R. G. Bl. Nr. 17 v. 1873) nebst Fahrpostübereinkommen v. 3. April 1878 (R. G. Bl. Nr. 130 von 1878) [zur Geschichte des deutschen Postvertrages s. auch Wanka, Das Postwesen Oesterreichs 1. Heft S. 24 ff.]; 2. Schweiz v. 15. Juli 1868 (R. G. Bl. Nr. 26 v. 1869) nebst Fahrpostübereinkommen v. 2. Febr. 1879 bezw. von 1890; 3. mit Rußland vom 21./9. Mai 1873 (R. G. Bl. Nr. 83 von 1874); 4. Frankreich vom 3. Sept. 1857 (R. G. Bl. Nr. 235) nebst Zusatzartikel betr. das Postanweisungsübereinkommen vom 25. Mai 1878 (R. G. Bl. Nr. 108, 112); 5. Italien v. 23. April 1867 (R. G. Bl. Nr. 109, 110); 6. Griechenland vom 16./4. Dec. 1878 (R. G. Bl. Nr. 90 von 1879); 7. Rumänien vom 24. Juli 1868 (R. G. Bl. Nr. 176 von 1869); 8. Serbien vom 14./2. Dec. 1868 (R. G. Bl. Nr. 154 von 1869); 9. Montenegro v. 25./13. Mai 1871 R. G. Bl. Nr. 123 von 1873); 10. Großbritannien v. 16. Oct. 1865 (Post-V. Bl. Nr. 45 v. 1865) und Additional-Uebereink. v. 16. Jänner 1871 (P. V. Bl. Nr. 10 v. 1871); 11. Ostindien, Abkommen betr. Packetsendungen vom 19. März 1876 (P. V. Bl. Nr. 17 v. 1876). — Mit Ungarn wurde seitens Oesterreichs unterm 30. Juni 1878 (R. R. Bl. Nr. 62 von 1878) ein Postübereinkommen auf Grundlage des Zoll- u. Handelsbündnisses abgeschlossen. Nach Art. I. dieses Uebereinkommens werden gegenwärtig die Bestimmungen für den österreichisch-ungarischen (wechselseitigen) Postverkehr im gemeinsamen Einvernehmen der beiderseitigen Minister festgestellt, jedoch vorbehaltlich der selbständigen Regelung des eigenen internen Verkehres. (Ueber einzelne hiedurch eingetretene Aenderungen d. Postvorschriften im internen österreichisch-ungarischen Verkehre s. Wanka a. a. O. S. 20.) Hieran wurde nichts geändert durch das neue Zoll- und Handelsbündniß vom 6. Dec. 1891 (R. G. Bl. Nr. 105 von 1891), welches mit 1. Febr. 1892 in Kraft trat.

dann 1878 und 1880 zu Paris, 1885 Lissabon, zuletzt 1891 in Wien) zusammengefaßt.[6]) Hienach gibt es in Oesterreich ein dreifaches Postrecht, nämlich ein eigenes Recht für den internen Postverkehr, dann ein internationales für den internationalen Verkehr und innerhalb dieses ein vertragsmäßiges mit einzelnen Staaten.

II. Das ursprünglichste Geschäft der Postanstalt war das Transportgeschäft, das auch jetzt noch das principale Geschäft der Postanstalt ist, sowohl Personen- als Sachtransportgeschäft. Doch im Laufe der Zeit haben sich neben diesen Grundgeschäften, bezw. mit dem Frachtgeschäfte verbunden, dasselbe modificirend, auch noch andere Geschäfte der Postanstalt, insbesondere Zahlungs- und andere Bankgeschäfte im Verkehrsleben herausgebildet. Administrativ werden diese Geschäfte in drei Gruppen zusammengefaßt: Briefpost-, Fahrpost- und Personenbeförderung. Juristisch aber lassen sich diese Geschäfte theilen in das Frachtgeschäft, Personentransportgeschäft, Zahlungsgeschäft, Zeitungsbestellgeschäft, Verschleiß von Postwerthzeichen[7]) und Sparcassengeschäfte sammt Check- und Clearingverkehr.

§. 148.

2. Das einfache Frachtgeschäft der Postanstalt.[1])

I. Das Frachtgeschäft der Postanstalt umfaßt den Transport von Briefen[2]), Correspondenzkarten (Postkarten)[3]), Drucksachen[4]) (darunter

6) Der Weltpostverein umfaßt gegenwärtig fast die ganze Welt: Europa, Asien, Amerika, Afrika (m. Ausnahme der Inseln Ascension und St. Helena, der Republiken Oranje und eines Theiles der Westküste Afrikas) u. die deutschen, spanischen, französischen, niederländischen, britischen Colonien in Australien, die Fidji-Inseln und Britisch-Neu-Guinea. — Ueber die Entwickelung des Weltpostvereins vgl. Jung, Der Weltpostverein und der Wiener Postcongreß (Sep.-Abdr. aus Schmoller's Jahrb. f. Gesetzgebung &c. XVI. 1. Heft) S. 10—12. Die auf dem letzten Weltpostcongresse (Wien 1891) getroffenen Vereinbarungen umfassen folgende Urkunden: 1. den Weltpostvertrag mit Schlußprotokoll, 2. das Uebereinkommen betreffend den Austausch von Briefen und Kästchen (Schachteln) mit Werthangabe, 3. das Uebereinkommen betr. den Austausch von Postanweisungen, 4. jenes betr. den Austausch von Postpacketen (colis postaux), 5. jenes betr. den Postauftragsdienst, 6. jenes betr. die Vermittelung der Post beim Bezuge von Zeitungen und Zeitschriften, und 7. das Uebereinkommen betr. die Einführung von Ausweisbüchern, und zwar sämmtlich mit Reglements. Nur dem unter 1 genannten Vertrage und Reglement traten sämmtliche Staaten des Weltpostvereins bei, nicht so den übrigen Uebereinkommen.

7) In Deutschland auch Verschleiß von Wechselstempelmarken.

1) Vgl. Schott in Endemann's Hdb. III. §. 367; Kosel, Oesterreich. Postvorschriften I. Theil unter II. (Die Reglementärvorschriften über den Sachentransport durch die Post.)

2) Das östr. Postgesetz vom 5. Nov. 1837 J. G. S. Nr. 240 zählt im §. 7 „alle schriftlichen d. h. durch Handschrift oder Abdruck dargestellten oder vervielfältigten, an abwesende Personen gerichteten Mittheilungen oder Nachrichten" zu den Briefen. Ebenso hatte das deutsche Reichsgericht (Entscheid. in Straff. I. S. 123) „jede statt des mündlichen Verkehrs an eine bestimmte Person gerichtete schriftliche Mittheilung, mag dieselbe in offener oder geschlossener Form geschehen und mag dieselbe die Unterschrift tragen oder nicht", als Brief bezeichnet. In einem späteren Erkenntnisse (Entsch. des R. G. in Straff. XXII. S. 22) jedoch anerkannte das deutsche Reichsgericht,

Zeitungen)[5]), Waarenproben[6]), Geldsendungen[7]) und Packeten.[8]) Der Abschluß des bezüglichen Postbeförderungsvertrages geschieht in der Regel formlos; nur bei recommandirten (eingeschriebenen) Briefpostsendungen[9]), bei Geldsendungen[10]) und Packeten[11]) erhält der Absender seitens der

---

daß es zum Begriffe des Briefes nicht erforderlich sei, daß derselbe eine schriftliche Mittheilung enthalte, und erklärte verschlossene Umschläge, in welchen sich kleine Achatwaaren befanden, als Briefe im Sinne des deutschen Postgesetzes (vgl. Dambach, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches 5. Aufl. Nr. 12 u. 13 zu §. 1 S. 12 ff.).

3) In Oesterreich eingeführt mit H. M. V. v. 22. Sept. 1869 Z. 18916 (V. Bl. Nr. 46 von 1869). Die näheren Bestimmungen und die weiteren diesbezüglich erflossenen Verordnungen siehe bei Kosel a. a. O. §. 10 (S. 95 ff.). Wegen der Correspondenzkarte mit bezahlter Antwort s. H. M. V. v. 17. Juli 1880 Z. 22048 (Post- u. Tel. Vdg. Bl. Nr. 45), v. 19. Mai 1892 Z. 17096 (V. Bl. Nr. 61); vom 13. Oct. 1892 Z. 49251 (V. Bl. Nr. 111 Anhang); Briefposttarif Abth. I., Z. III., 8, Al. 3.

4) Zur Beförderung als Drucksachen sind im §. 9 der Briefpostordnung und in der H. M. V. v. 5. Sept. 1866 Z. 13760 (Post V. Bl. Nr. 56 von 1866) als zulässig erklärt alle durch Buchdruck, Lithographie, Metallographie, Photographie oder sonst auf mechanischem Wege hergestellten Gegenstände, welche nach ihrer Form und sonstigen Beschaffenheit zur Versendung mit der Briefpost geeignet sind; mittels Chromographie, Polygraphie, Hectographie, Papyrographie, Velocigraphie oder eines ähnlichen Verfahrens hergestellte Schriftstücke jedoch nur dann, wenn sie am Postschalter selbst und in der Anzahl von mindestens 20 vollkommen gleichen Exemplaren aufgegeben werden (H. M. V. v. 30. April 1881 Z. 12391, P. V. Bl. Nr. 24 von 1881; Briefposttarif Abth. I. unter 2 Punkt 9 Abs. 2). Ausgeschlossen von der Beförderung als Drucksachen sind die mittels der Copirmaschine oder des Durchdruckes (H. M. V. v. 5. Sept. 1866 Z. 10760, P. V. Bl. Nr. 56 von 1866), ferner mittels der Schreibmaschine (H. M. V. v. 5. Oct. 1889 Z. 42039, Nr. 83 P. V. Bl. von 1889) oder des Abzuges hergestellte Schriftstücke, Postmarken und sonstige Postwerthzeichen, gleichviel, ob sie abgestempelt sind oder nicht, sowie alle Drucksachen, welche Werthzeichen darstellen (Briefposttarif Abth. I. unter 2 Punkt 9 Abs. 4). — Näheres hierüber s. Kosel a. a. O. S. 98 ff. — Für den internationalen Verkehr s. §. 18 des Reglements zum Weltpostvertrage vom 4. Juli 1891, wonach als Drucksachen anzusehen sind: „Zeitungen und periodische Werke, broschirte oder gebundene Bücher, Broschüren, Musikalien, Visitkarten, Adreßkarten, Correcturbogen mit oder ohne die dazu gehörigen Manuscripte, Bogen mit erhabenen Punkten zum Gebrauche der Blinden, Kupferstiche, Photographien, Bilder, Zeichnungen, Pläne, Landkarten, Kataloge, Prospecte, Ankündigungen und Anzeigen verschiedener Art, dieselben mögen gedruckt, gestochen, lithographirt oder autographirt sein, und überhaupt alle durch Typendruck, Stich, Lithographie und Autographie oder mittels eines anderen leicht erkennbaren mechanischen Verfahrens, mit Ausnahme des Abzuges und der Schreibmaschine auf Papier, Pergament oder Pappendeckel hergestellten Abdrücke oder Vervielfältigungen."

5) Siehe die Vorschriften über die Ausübung des postamtlichen Zeitungsdienstes in der H. M. V. v. 12. März 1882 Z. 2824 im Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 26 von 1882 und Kosel a. a. O. §. 12 (S. 103 ff.). Im internationalen Verkehre befaßt sich die Post auch mit der Annahme der Bestellungen auf ausländische Zeitungen ꝛc. (Zeitungsvermittelungsdienst) s. unten §. 149.

6) §. 9 der Briefpostordnung; die näheren Bestimmungen und die nachträglich erflossenen diesbezüglichen Verordnungen s. bei Kosel a. a. O. §. 13 (S. 106 ff.).

7) §. 3 der Fahrp.-O.

8) §. 3 der Fahrpostordnung.

9) §. 17 Brief-P. O.; Art. 4 Z. 2 Weltpostvertr.; §. 15 II. deutsche Postordnung.

10) §. 14 Fahr-P. O.; §. 6 V. der deutschen P. O.

11) §. 14 Fahr-P. O.; §. 6 V. und §. 18 IV. der deutschen P. O.

Postanstalt einen die Auflieferung bestätigenden Schein[12]), und der Empfänger bezw. dessen Bevollmächtigter oder Vertreter ist bei Uebernahme recommandirter Briefpostsendungen oder von Geldbriefen verpflichtet, den ihm vorgewiesenen Empfangsschein über die Zustellung der Sendung zu unterfertigen[13]); bei Packeten ist eine dem Frachtbriefe des Frachtgeschäftes analoge „Begleitadresse" auszustellen, welche sowohl die Stelle des Frachtbriefes, als auch zugleich die eines Empfangsscheines vertritt, daher dem Adressaten der Sendung nicht auszufolgen, sondern nur zur Unterschrift vorzuweisen ist.[14])

Die wesentlichen Bedingungen des Postfrachtvertrages sind in den Postordnungen (Fahrpost- und Briefpostordnung) enthalten. An diese Bedingungen sind sowohl die Postanstalt als auch die mit ihr in ein Vertragsverhältniß tretenden Parteien gebunden; sie vertreten die Stelle des Vertrages, und nach diesen sind die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Postanstalt und derjenigen zu beurtheilen, welche sich ihrer bedienen.[15]) Hieraus erklärt sich der Zwang der Postanstalt, Frachtaufträge, welche den bestehenden Postvorschriften entsprechen, annehmen und ausführen zu müssen. Die Postanstalt ist den bestehenden Postvorschriften gemäß zur Uebernahme der Sendungen und Ausführung des Frachtvertrages verpflichtet, wenn die aufgegebenen Gegenstände nicht von der Postbeförderung überhaupt, oder bei verlangter specieller Beförderungsart nicht von dieser speciell verlangten Art der Beförderung ausgeschlossen sind[16]), wenn sie

12) Mit H. M. V. v. 31. Dec. 1881 Z. 34324 P. u. Tel. Vdg. Bl. Nr. 3 von 1882 wurden in Oesterreich sog. Postaufgabebücher eingeführt, welche an Stelle der Aufgabescheine zum Zwecke der Bescheinigung der Einlieferung von recommandirten Sendungen, Postanweisungen, Werthbriefen und Packeten dienen, und zwar je nach Wahl des Absenders für alle diese Gattungen von Sendungen oder nur für einzelne derselben. Die Aufgabe der Sendungen auf Grund des Aufgabebuches muß nicht stets bei einem und demselben Postamte geschehen, sondern kann bei jedem beliebigen Amte erfolgen (H. M. V. v. 22. April 1886 Z. 14779, V. Bl. Nr. 46 Anhang). Rücksichtlich des Verschleißes dieser Bücher s. auch H. M. V. v. 5. Mai 1882 Z. 13810, V. Bl. Nr. 44; rücksichtlich der Ausstellung der Einlieferungsscheine der an den Landbriefträger abgelieferten und zu bescheinigenden Sendungen s. H. M. V. vom 25. Juni 1886 Z. 23552 (V. Bl. Nr. 79) §§. 12 u. 27; rücksichtlich der an die Packetbesteller abgegebenen Frachten s. H. M. V. v. 1. Mai 1885 Z. 15035, V. Bl. Nr. 33. — Vgl. überhaupt Kosel a. a. O. S. 136 ff. (§. 32).

13) §. 43 Brief-P. O.; §. 25 F. P. O. (vgl. auch §. 25 Abs. 1, 5, 6, 7, 8 des Dienstunterrichtes für die Briefträger der ärarischen Postämter und H. M. V. v. 8. Sept. 1884 Z. 32363 V. Bl. Nr. 65; wegen Quittirung der Postanweisungen und Postaufträge s. H. M. V. vom 20. und 25. Juni 1886 Z. 21717 u. 23552, V. Bl. Nr. 73 und Nr. 79, vom 4. Sept. 1890 Z. 33512 (V. Bl. Nr. 89) §. 18 Abs. 3) — vgl. §. 49 des deutschen Postges., §. 37 P. O. und Dambach a. a. O. zu §. 49 Postges.

14) §. 4 Fahrpostordnung (siehe die Zusammenstellung der östr. Vorschriften rücksichtlich der Postbegleitadressen bei Kosel a. a. O. S. 65 ff.); vgl. §§. 3 u. 4 der deutschen Postordnung.

15) Kosel a. a. O. S. 19 Note 4.

16) Nach §. 2 östr. Fahr-P. O. sind von der Versendung mit der Post ausgeschlossen alle durch Reibung, Druck oder sonst ohne absichtliches Zuthun entzündbaren Gegenstände, sowie solche, deren Beförderung mit Gefahr verbunden ist. Gewisse Zündobjecte, wie Sicherheitszündschnüre, Zündhütchen, Zündspiegel, Metallpatronen, Patronen aus combinirtem Materiale und sog. Schellackfeuer, sind

die vorschriftsmäßige äußere Beschaffenheit haben, insbesondere rücksichtlich des Meistgewichtes[17]), der Adresse[18]), der Form[19]), der Verpackung[20])

nur unter besonderen Bedingungen zur Postbeförderung zugelassen (siehe die diesbezüglichen Verordnungen u. Vorschriften bei Kosel a. a. O. §.8 S.82 ff.). Ebenso sind für Sendungen mit lebenden Thieren besondere Vorschriften erlassen worden (s. Kosel a. a. O. §. 8 S. 84 u. Note 16 u. 17); übrigens ist die Postanstalt zur Annahme von Sendungen mit lebenden Thieren nur insofern verpflichtet, als deren Versendung sich mit dem postmäßigen Betriebe vereinbaren läßt, und als die zur Beförderung der Thiere nothwendigen Transportmittel zu Gebote stehen und als keine Gefahr einer Beschädigung der übrigen gleichzeitig zu befördernden Postsendungen zu befürchten ist (Kosel a. a. O. S. 84 u. Note 16). — Auch nach §. 10 Z. I. der deutschen Postordnung sind von der Postbeförderung ausgeschlossen solche Gegenstände, deren Beförderung mit Gefahr verbunden ist, namentlich alle durch Reibung, Luftzudrang, Druck oder sonst leicht entzündlichen Sachen, sowie ätzende Flüssigkeiten. Nur bedingt zugelassen sind Flüssigkeiten, schnellem Verderben oder der Fäulniß ausgesetzte, unförmlich große Gegenstände und lebende Thiere (§. 11 Z. I. deutsche Postordg.); ferner Zündhütchen, Zündspiegel u. Metallpatronen (§. 11 Z. III. cit. Postordg.). Das Nähere siehe bei Schott a. a. O. §. 367 S. 542.

17) Das Maximalgewicht beträgt für Briefe in Oesterreich und Deutschland 250 gr (H. M. V. vom 2. April 1870 Z. 3958, Post-V. Bl. Nr. 19 Anhang; v. 23. Juni 1873 Z. 21051, P. V. Bl. Nr. 24; v. 16. Oct. 1878 Z. 30190, P. V. Bl. Nr.56; v. 27. Dec. 1882 Z.43146, P. V. Bl. Nr.106; deutsche P.O. §.1 II.); für Waarenproben in Oesterreich 350 gr (H. M. V. v. 21. April 1892 Z. 18691, P. V. Bl. Nr. 42), in Deutschland 250 gr (P. O. §. 1 II.); für Drucksachen in Oesterreich und Deutschland 1000 gr (H. M. V. v. 24. Juni 1875 Z. 19228, P. V. Bl. Nr. 42 u. v. 12. März 1882 Z. 2824, P.V.Bl. Nr. 26, §. 13, deutsche P. O. §. 1 II.); für Packete in Oesterreich und Deutschland 50 kgr (H. M. V. v. 16. Oct. 1878 Z. 30190, P. V. Bl. Nr. 56, deutsche P. O. §. 1 I.), im Localverkehre der nichtärarischen Postämter in Oesterreich jedoch nur 30 kgr (H. M. V. v. 28. März 1886 Z. 11469 P. u. T. V. Bl.), aber für Sendungen mit gemünztem Gold und Silber in Oesterreich 60 kgr (H. M. V. v. 16. Oct. 1878 Z. 30190 P. V. Bl. Nr. 56), für Estafettensendungen in Oesterreich 100 kgr (H. M. V. v. 9. Jän. 1882 Z. 41917 von 1881 P. V. Bl. Nr.6 von 1882; v. 17. März 1883 Z. 40042 von 1882 §. 1 P. O. Bl. Nr. 35 von 1883), in Deutschland 10 kgr (deutsche P. O. §. 45 III.). — Portofreie Correspondenzen dürfen im internen Verkehre in Oesterreich bis zum Gewichte von 250 kgr per Stück mittels Briefpost versendet werden (H. M. V. v. 23. Juni 1873 Z. 21051 P. V. Bl. Nr. 24). Im Verkehre mit Ungarn jedoch sind portofreie Correspondenzen nur bis 1 kgr, portofreie Packete mit Ausnahme der Münzsendungen nur bis 20 kgr zulässig (H. M. V. v. 15. Juli 1888 P. u. Tel. V. Bl. Nr. 65).

18) Brief-P. O. §. 7; Fahr-P. O. §.3; H. M. V. v. 28. Febr. 1851 Z. 2069 P. V. Bl. Nr. 31 (I. Bd.) v. 29. Nov. 1867 Z. 2285 P. V. Bl. Nr. 61; weitere Verordnungen sowie eine Zusammenstellung der diesbezüglichen Vorschriften siehe bei Kosel a. a. O. S. 68 ff. — Vgl. deutsche P. O. §§. 2, 5, 11, 12, 13, 14, 45; 26.

19) Im internen Verkehre bestehen außer für sog. Sperrgutsendungen (H. M. V. v. 16. Oct. 1878 Z. 30190 V. Bl. Nr. 56, v. 29. Mai 1884 Z. 18939 P. u. Tel. V. O. Bl. Nr. 34, v. 26. Jän. 1892 Z. 47862 P. u. Tel. V. Bl. Nr. 16 Anhang, in welcher letzteren eine Erläuterung zu der ersterwähnten M. V. v. 16. Oct. 1878 gegeben ist [vgl. hierüber Kosel a. a. O. §. 2 S. 64 Note 6] und endlich H. M. E. v. 26. Sept. 1879 Z. 30138) in Oesterreich keine ausdrücklichen Beschränkungen bezüglich der Form oder der Dimensionen der Sendungen. Es ist jedoch klar, daß hier die Erfordernisse des Verkehrsdienstes, die vorgeschriebene Behandlung der Sendungen der Willkür des Absenders von selbst eine Schranke ziehen. — Für Deutschland vgl. P. O. §§. 7, 9, 13, 14, 45.

20) Die Verpackung der Sendung muß nach Maßgabe der Transportstrecke, des

und des Verschlusses[21]) und gegebenen Falls mit den vorgeschriebenen Begleitpapieren[22]) versehen sind. Für gewisse Sendungen besteht Francaturzwang.[23]) Die Uebergabe der gewöhnlichen Briefe, Correspondenzkarten (Postkarten), Drucksachen und Waarenproben kann, soweit es deren Form und Größe zuläßt, durch Hinterlegung in die Briefkasten erfolgen. Diese Gegenstände können, die übrigen Gegenstände aber müssen am

---

Umfanges der Sendung u. der Beschaffenheit des Inhaltes haltbar und sichernd eingerichtet sein (Fahr-P. Ordg. §. 3 u. H. M. V. v. 2. April 1870 Z. 3958 Post-V. Bl. Nr. 19 Anhang). Die detaillirten diesbezüglich erflossenen Vorschriften siehe bei Kosel a. a. O. §§. 6 u. 7 (S. 75 ff.) und rücksichtlich der Drucksachen und Waarenproben §§. 11, 12, 13. — Vgl. deutsche Postordg. §§. 7, 9, 13, 14, 45.

21) Als Grundsatz gilt, daß der Verschluß einer Postsendung haltbar und so beschaffen sein muß, daß ohne Beschädigung oder Eröffnung desselben dem Inhalte nicht beizukommen ist (§. 3 der Fahr-P. O.) — Die detaillirten Vorschriften s. bei Kosel a. a. O. §§. 6 und 7 (S. 76 ff.). — Vgl. deutsche Postordg. §§. 8, 9, 13.

22) Oesterr. Fahrpostordn. §. 4; H. M. V. v. 14. Oct. 1871 Z. 5770, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 45, v. 16. Oct. 1878 Z. 30190, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 56. — Deutsche Postordn. §§. 3, 4.

23) Vorgeschrieben ist die Francatur für Correspondenzkarten (Postkarten), sowie für die Antwortkarte seitens des Absenders der Ursprungskarte (H. M. V. v. 22 Sept. 1869 Z. 18616, P. V. Bl. Nr. 46; v. 17. Juli 1880 Z. 22048, P. V. Bl. Nr. 45; v. 12. Dec. 1884 Z. 41946, P. V. Bl. Nr. 91; deutsche Postordn. §. 12 Z. V); für expreß zu bestellende Postsendungen (H. M. V. v. 4. Juni 1893 Z. 15821, P. V. Bl. Nr. 67; deutsche Postordn. §. 11 lit. a Z. III); für Drucksachen (H. M. V. v. 10. Mai 1879 Z. 8948, P. V. Bl. Nr. 36; deutsche Postordn. §. 13 Z. VIII., IX. Satz 2, Z. XI.); für Waarenproben (H. M. V. v. 5. Sept. 1866 Z. 13760, P. V. Bl. Nr. 56; deutsche Postordn. §. 14 VI. VIII.); für Postanweisungen (H. M. V. v. 4. Sept. 1890 Z. 33512, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 89, §§. 3, 10; deutsche Postordn. §. 16 II.); in Oesterreich auch für telegraphische Postanweisungen (§. 3 Z. 3 u. 4, §. 31 Z. 3; H. M. V. v. 4. Sept. 1890 Z. 33512, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 89 und H. M. V. v. 19. Mai 1892 Z. 17096, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 31, Z. 6 Abs. 3); während nach deutschem Postrechte (§. 17 Z. V. deutsche Postordn.) bei telegraphischen Postanweisungen nur ein Theil der Gebühren vorauszubezahlen, rücksichtlich des Restes jedoch dem Absender freizustellen ist, ihn vorauszuzahlen oder dessen Entrichtung dem Adressat zu überlassen; für Postaufträge (H. M. V. v. 9. Oct. 1882 Z. 32101, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 84, und v. 17. April 1886 Z. 13609, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 42; deutsche Postordn. §. 19 XI., Satz 1 §. 20 XI. Abs. 1. lit. a, Abs. 2 S. 1, §. 20 lit. a I.); für Rückscheine (§§. 18, 43 Briefpostordn., §. 15 Fahrpostordn.; die weiteren österr. Verordnungen s. bei Kosel a. a. O. §. 22 S. 138, 139; deutsche Postordn. §. 15 Z. IV. a. E.) und endlich für Postpacete (colis postaux) nach Art. 4 des bezüglichen Uebereinkommens. In Oesterreich gilt außerdem Frankirungszwang für recomm. Briefe (H. M. V. v. 26. März 1850 Z. 1132, V. Bl. Nr. 25—28, §. 7); während es nach deutschem Postrechte dem Absender frei steht, ob er die Einschreibe- und Portogebühr vorausbezahlen oder ob er deren Entrichtung dem Adressaten überlassen will (§. 15 III. in Verbindung mit §. 44 I. der deutschen Postordn.). Ferner unterliegen in Oesterreich dem Francozwang offen aufgegebene Geldbriefe bis 250 gr mit Papiergeld d. i. Staats- und Banknoten und mit Ausgleichsbeträgen unter 1 fl. (H. M. V. v. 2. April 1880 Z. 3958, P. V. Bl. Nr. 65 und v. 15. Juli 1888 Z. 27486, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 65); dann an portofreie Behörden &c. gerichtete portopflichtige Sendungen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie von einem portopflichtigen oder portofreien Absender zur Aufgabe gelangen (Art. VI. und IX. des Ges. v. 2. Oct. 1865 R. G. Bl. Nr. 108; H. M. V. v. 16. Oct. 1878 Z. 30190,

Schalter dem Postorgane übergeben werden.[24]) Die Hinterlegung in die Briefkasten, sofern sie nicht innerhalb eines zu gewissen Zeiten verschossenen Raumes, oder an dem Wagen der Bahnpost oder am Bord des Schiffes angebracht sind, kann jederzeit geschehen, die Uebergabe am Schalter jedoch nur während der Dienststunden, welche durch Anschlag an der betreffenden Amtsstelle dem Publicum bekannt gegeben werden.

Dem Zwange der Postanstalt zur Annahme reglementmäßiger Sendungen steht andererseits der Postzwang des Publicums rücksichtlich gewisser Transportgeschäfte gegenüber.[25]) Dieses ausschließliche Beförderungsrecht der Staats-Postanstalt (sog. Postregal) bezieht sich aber nur auf Briefe und periodische Schriften[26]), u. z. zwischen Orten, wo eine sog. Postverbindung[27]) besteht, und auch innerhalb eines Ortes, an welchem sich zu diesem Zwecke eine Postanstalt befindet (Locotransport).[28])

Die Beförderung von Briefpost- und Fahrpostsendungen ist ein Frachtgeschäft im Sinne des H. G. B.; ob sie aber ein Handelsgeschäft ist, ist bestritten; doch dürfte dies zu verneinen sein. Damit Frachtgeschäfte Handelsgeschäfte werden, ist ihr gewerbsmäßiger Betrieb erforderlich (Art. 272 Abs. 1) oder ihre vereinzelte Vornahme durch einen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes (Art. 272 Abs. 2). Gewerbsmäßiger Betrieb liegt vor, wenn die Geschäfte unternommen werden, um Gewinn zu erzielen, um sich eine dauernde Einnahmsquelle zu verschaffen[29]); der

---

P. V. Bl. Nr. 56). — Die Francatur geschieht, sofern nicht Anderes ausdrücklich vorgeschrieben ist, mittels Postmarken, daher Freimarken genannt. (§. 23 Briefpostordn.; §. 18 Fahrpostordn.; vgl. auch §. 13 der H. M. V. v. 26 März 1850 Z. 968, V. Bl. Nr. 25—28 II. Bd., rücksichtlich der Recommandationsgebühr, §. 3 der H. M. V. v. 4. Sept. 1890 Z. 33512, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 89, rücksichtlich der Postanweisungsgebühren, §. 1 der H. M. V. v. 27. Juni 1890 Z. 27532, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 65 rücksichtlich der Fahrpostsendungen.)

24) Näheres über die Einlieferung siehe für Oesterreich bei Kosel a. a. O. S. 131 ff.; für Deutschland bei Schott a. a. O. S. 544, 545. Besondere Vorschriften bestehen noch für die Einlieferung von Packeten an die Packetbesteller in Städten, wo der Packetbestelldienst eingeführt ist, dann für die Einlieferung von Postsendungen an Landbriefträger und endlich bezüglich der Einlieferung der amtlichen Sendungen. (Kosel, Schott a. a. O.)

25) Ueber das Verhältniß zwischen Postregal und Postzwang und die diesbezüglichen Anschauungen in der juristischen Literatur siehe Dambach, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs Nr. 9 zu §. 1 (5. Aufl. S. 11) und Wanka, Das Postwesen in Oesterreich I. Heft S. 10 und 11.

26) §. 7 österr. Postgesetz v. 5. Nov. 1837 J. G. S. Nr. 240. — In Deutschland bezieht sich der Postzwang nur auf verschlossene Briefe und Zeitungen politischen Inhaltes, die öfter als einmal wöchentlich erscheinen. Jedoch hinsichtlich letzterer erstreckt sich das Verbot anderer als postalischer Beförderung nicht auf den zweimeiligen Umkreis des Ursprungsortes der Zeitung (§. 1 deutsches Reichspostgesetz).

27) §§. 8 und 9 österr. Postgesetz. — Die Postverbindung zweier Orte kann eine unmittelbare sein zwischen Orten, in welchen Postanstalten für den gegenseitigen Verkehr bestehen (§. 10 Postgesetz), oder mittelbare d. i. durch Vermittelung des Postamtes, in dessen Postbezirk der eine der beiden Orte oder beide gehören (§. 11 Postgesetz). Den Postbezirk eines Postamtes bilden aber die denselbem zur Abholung und Aufgabe der postpflichtigen Gegenstände durch besondere Kundmachgn. zugewiesenen Orte (§. 11 Postges.).

28) §. 8 Postgesetz.

29) S. oben §. 17.

Staat aber betreibt die Postbeförderungsgeschäfte nicht in der Absicht auf Gewinn oder behufs Erlangung einer dauernden Einnahmequelle, sondern „im öffentlichen Interesse, mit Rücksicht auf das Gemeinwohl".[30]) Sowie nun aber die Post die Frachtgeschäfte nicht gewerbsmäßig besorgt, so betreibt sie auch ihre sonstigen Geschäfte nicht gewerbsmäßig, kann daher auch nicht Kaufmann sein.

Mit Annahme der Sendung zur Beförderung übernimmt die Postanstalt die Pflicht zur Verwahrung der Sendung während des Transports und zur Ablieferung derselben an den auf der Sendung selbst oder in der Begleitadresse bezeichneten Empfänger. Die Verwahrungspflicht der Postanstalt für die ihr zum Transporte übergebenen Güter tritt in äußere Erscheinung in der eventuellen Haftpflicht der Postanstalt für Verlust, Abgang oder Beschädigung gewisser Sendungen. Die Schnelligkeit, mit der die so unendlich zahlreichen Transporte durch die Post vollzogen werden sollen, die Garantien, welche der staatliche Beamtenorganismus der Postanstalt für die Sicherheit der Transporte in sich trägt, insbesondere aber der Umstand, daß das Gesetz dem Absender verschiedene Arten des Transportes zur Wahl überläßt, so daß es ihm freisteht, jene Transportart zu wählen, die ihm die größte Haftung der Postanstalt sichert, lassen es begreiflich erscheinen, daß das Gesetz für die Postanstalt im Vergleiche zu anderen Frachtführern eine beschränktere Haftung festsetzt.[31]) Nach den bezüglichen Bestimmungen[32]) haftet die Postanstalt 1) für den Verlust der bescheinigten (recepissirten) Sendungen, d. i. der recommandirten Briefpostsendungen (eingeschriebene Sendungen) und der zur Beförderung durch Estafette eingelieferten Sendungen, der Geldbriefe, der Werthbriefe, der Packete mit und ohne Werthangabe; 2) für Abgänge bei Geldbriefen, Werthbriefen, und für Beschädigung und Abgänge bei Packeten mit und ohne Werthangabe. Dagegen ist jedwede Haftpflicht ausgeschlossen bei gewöhnlichen d. i. nicht recommandirten Briefpostsendungen (Postkarten, Drucksachen, Waarenproben), selbst dann, wenn diese Gegenstände von einem Postorgane unterschlagen oder absichtlich zerstört werden; doch ist diesfalls das schuldige Postorgan ersatzpflichtig.[33]) Von der oberwähnten Haftpflicht erscheint aber die Postanstalt in nachstehenden Fällen befreit: 1) Wenn der Verlust, Abgang oder die Beschädigung durch Schuld, „eigene Fahrlässigkeit", des Absenders oder Empfängers entstanden ist.[34]) Es muß jedoch ein Causalnexus zwischen

30) Dambach a. a. O. S. 9.

31) Meili, Die Haftpflicht der Postanstalten (1877) S. 65; Gareis, H. R. §. 68 (4. Aufl. S. 534, 535).

32) §§. 26—29, 32—46, 58 österr. Fahrpostordn.; §§. 20, 69 Briefpostordn. sammt zahlreichen nachträglichen Verordnungen. — Eine systematische Zusammenstellung der in Oesterreich geltenden Vorschriften über die Haftpflicht der Post gibt Kosel a. a. O. Capitel V. S. 33 ff. — Vgl. §§. 6—15 deutsches Postgesetz. — Die auf die Haftung bezüglichen Bestimmgn. des deutsch-österr. Postvertrages sowie der internationalen Verträge werden unten an den einschlägigen Stellen citirt.

33) Vgl. hiezu Wirsing, Haftpflicht der Postanstalt S. 14.

34) §. 33 F. P. O.; nach deutsch-österreichischem Postvertrag Art. 42 Abs. 3 lit. a nur bei „eigener Fahrlässigkeit des Absenders"; für recomm. Briefe ohnehin nur bei Schuld eines Bediensteten (§. 20 B. P. O.).

der Fahrlässigkeit der Partei und dem eingetretenen Schaden vorliegen, nicht nur so, daß der Schaden auf das Versehen der Partei zurückgeführt werden **kann**, sondern so, daß dieses den Schaden **wirklich** verursacht hat.[35])

2. Nach Art. 42 des deutsch-österreichischen Postvertrages ist die Postanstalt ferner von der Ersatzleistung befreit, wenn der Verlust des Gutes oder der Abgang an demselben oder dessen Beschädigung durch die natürliche Beschaffenheit des Frachtgutes herbeigeführt worden ist[36]) (z. B. Fäulniß, gewöhnliche Leckage, Selbstentzündung u. a. m.). Der Postanstalt obliegt diesfalls der Beweis, daß Verlust, Abgang oder Beschädigung thatsächlich eine Folge der natürlichen Beschaffenheit der Sendung ist, wogegen dem Ersatzberechtigten der Gegenbeweis vorbehalten bleibt, daß der Schaden bei reglementmäßiger Behandlung der Sendung nicht eingetreten wäre.[37])

3. Ein Verlust der Sendung tritt für den Absender auch dann ein, wenn die Sendung fehlbestellt wird. Diesfalls haftet die Postanstalt in gleicher Weise wie bei Verlust oder Untergang des Frachtgutes, natürlich mit Regreßrechten gegen den unberechtigten Uebernehmer wie gegen das schuldtragende Organ. Jedoch ist die Postanstalt, wenn der Adressat seine Sendungen abholen läßt, nicht zur Prüfung der Legitimation des abfordernden Boten verpflichtet; es genügt, wenn dieser das seitens der Post dem Empfänger zugestellte Aviso oder sonstige Document vorweist. Die Fehlbestellung des Aviso oder des sonstigen Scheines, auf Grund dessen die Auslieferung geschieht, kommt der Fehlbestellung der Sendung gleich.[38])

4. Rücksichtlich der Liberirung der Post durch vis maior[39]) von der Haftung gehen die Vorschriften des internen und des internationalen Verkehrs auseinander. Nach österreichischem Postrecht haftet die Postanstalt auch für vis maior; nur beim Verluste recommandirter Briefe tritt mangels besonderer Bestimmung auf Grund des Art. 395 H. G. B. die Haftung für die höhere Gewalt nicht ein. Nach dem deutsch-österreichischen Postvertrage v. 7. Mai 1872, Art. 42 Abs. 3 lit. c. wird die Post von der Haftung liberirt, wenn Verlust, Abgang oder Beschädigung infolge eines unabwendbaren Naturereignisses eintritt, sowie im Falle eines Krieges (Deutsch-österr. P. V. Art. 42 Abs. 2 lit. b u. c). Nach dem Weltpost-

---

35) Vgl. **Kosel** a. a. O. S. 36, 37 Note 3; **Schott** a. a. O. S. 551; **Kompe** in Ztschr. f. deutsches Recht XVIII. S. 321 Note 38, S. 355 ff.; **Gad**, Haftpflicht der deutschen Postanstalten S. 39 f.; **Dambach**, Deutsches Postgesetz Note 13 bis 15 zu §. 6 des Postgesetzes.

36) Art. 395 H. G. B. Abs. 1; §. 6 Abs. 3 lit. b deutsches Postgesetz; Art. 42 Abs. 3 lit. b des deutsch-österreichischen Postvertrages; vgl. **Gad**, Haftpflicht der deutschen Postanstalten S. 48; **Schott** a. a. O. S. 553; **Kosel** a. a. O. S. 37 Note 4.

37) **Kompe** in Ztschr. f. deutsches Recht XVIII. S. 356; **Schott** a. a. O. S. 553.

38) **Schott** a. a. O. S. 551 f.; Deutsches Postgesetz §§. 36 u. 48; vgl. **Dambach** a. a. O. zu diesen Paragraphen.

39 Ueber den Begriff des vis maior und die diesbezügliche Literatur s. oben §. 143 und Note 32 ebendort.

vertrage (Art. VIII. Z. 1 Abs. 1, 3, 4, 5) befreit jede „force majeure“, jede höhere Gewalt die Postanstalt von der Haftung.

5. Für Verlust, Abgang oder Beschädigung haftet allerdings direct nur jene Postverwaltung, in deren Gebiet sich das die Haftung veranlassende Ereigniß zugetragen hat oder welche die Weiterleitung der unbeschädigten Sendung nicht nachweisen kann; die Haftung erlischt daher bei Sendungen nach dem Auslande mit der Uebergabe der Sendung an eine fremde Postanstalt zur weiteren Beförderung oder Zustellung (§. 37 Abs. 1 F. P. O.). Dies schließt aber nicht aus, daß die österreichische Postverwaltung durch Vertrag mit einer oder mehreren fremden Postverwaltungen auch die Haftung für die auf den fremdländischen Beförderungsanstalten eintretenden Verluste, Abgänge und Beschädigungen übernehme, was sie selbstverständlich nur gegen Vorbehalt des Regreßrechtes gegen die mit ihr contrahirende fremdländische Postverwaltung thun wird. So ist nach Art. 16 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 1 des deutsch-österreich. Postvertrages die Postverwaltung des Aufgabegebietes dem Absender gegenüber für Verlust 2c. ersatzpflichtig, gegen eventuellen Rückgriff auf jene Postverwaltung, in deren Gebiet der Verlust oder Abgang oder die Beschädigung stattgefunden hat. Dasselbe gilt im internationalen Verkehre nach Art. VIII, Abs. 2 des W. P. V. rücksichtlich der Ersatzleistungen für recommandirte Briefpostsendungen, nach Art. XI. Abs. 3 des Werthbriefübereinkommens für Werthbriefe und Schachteln mit Werthangabe, und endlich nach Art. XIII. Abs. 3 des Postpacketübereinkommens für Postpackete.

6. Die Haftung der Postanstalt ist ferner ausgeschlossen, wenn der Absender bezw. der Empfänger, je nachdem dieser oder jener ersatzanspruchberechtigt sind, auf den Ersatz verzichten.

7. Nach Art. 14 des Postpacket-Uebereinkommens und Art. 8 des Uebereinkommens über Werthbriefe und -schachteln ist bei doloser zu hoher Werthdeclaration die Haftung der Postanstalt ausgeschlossen.[40])

Die Haftpflicht der Postanstalt erlischt 1) durch die unbeanständete Annahme der Sendung durch den Destinatar (§. 36, F. P. O.; Art. VIII. Z. 7 W. P. V., Art. XI. Z. 9. Werthbriefübereinkommen, Art. XIII). Z. 8 Postpacketübereinkommen). Die Bestimmung des Art. 408 Abs. 2 H. G. B. rücksichtlich der Haftung des Frachtführers für nachträglich entdeckte, unverzüglich angezeigte, nachgewiesenermaßen während der Zeit seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstandene Mängel (Abgänge, Beschädigungen) gilt für die Postanstalten nicht.[40a]) 2) Erlischt die Haftpflicht durch Verjährung, u. z. in sechs Monaten im internen Verkehre (§§. 36 lit. b, 58 F. P. O.; §§. 20 und 69 B. P. O.)[41]) und im Verkehre

40) Vgl hiezu insbes. Kosel a. a. O. S. 43 Note 14.

40a) Nach deutsch-östr. Vertr. begründet die ohne Erinnerung geschehene Annahme die Vermuthung, daß bei der Aushändigung Verschluß und Verpackung unverletzt, und das Gewicht mit dem bei der Einlieferung ausgemittelten übereinstimmend war.

41) Vgl. auch H. M. V. v. 29. Oct. 1872 Z. 15933, Post-V. Bl. Nr. 55 u. v. 4. Sept. 1890 Z. 33512, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 89.

mit Deutschland (Art. 16 Abs. 5 S. 1, Art. 43 Abs. 2), und in einem Jahre im internationalen Verkehre (Art. VIII. Z. 5 W. P. V., Art. XI, Z. 6 Werthbriefübereinkommen, Art. XIII. Z. 6 Postpacketvertr.), wenn wenn innerhalb dieser Frist die Reclamation der Sendung nicht erfolgt.

Im Falle des Verlustes haftet die Postanstalt nur dem Absender, und ebenso, wenn der Destinatar wegen Abgang oder Beschädigung die Annahme verweigert. Wenn jedoch Letzterer trotz des Abganges oder der Beschädigung mit Vorbehalt des Ersatzanspruches, den er sich formell sichern muß[42]), annimmt, so haftet die Postanstalt diesem. Jedoch ist ein solcher Vorbehalt unzulässig, wenn Verschluß und Verpackung der Sendung bei deren Uebergabe unverletzt und das Gewicht mit dem declarirten Gewichte übereinstimmend befunden worden war.

Rücksichtlich der Höhe des Schadenersatzes gelten folgende Bestimmungen:

1. Für recommandirte Sendungen wird im Falle des Verlustes durch Verschulden eines Postorgans dem Absender im internen Verkehr eine Vergütung von zwanzig Gulden (§. 20 B. P. O.)[43]), im Verkehre mit Deutschland eine solche von 42 Mark = 21 fl. (Art. 16 Abs. 1—3 deutsch-österreich. P. V.) und im internationalen Verkehr von 50 Fcs. = 20 fl. (Art. VI. Z. 4 W. P. V.) gewährt.

2. Für den Verlust einer Estafettensendung zahlt die Postanstalt eine Vergütung von 25 Fl. und erstattet außerdem dem Absender das Porto für diese Sendung zurück (§. 69 B. P. O.).

3. Für Sendungen mit Werthangabe (selbstverständlich Sendungen, bei welchen eine Werthdeclaration zulässig ist) wird im Verlustfall der declarirte Werth ersetzt, ausgenommen den bereits erwähnten Fall der betrügerischen Mehrdeclaration. Ebenso ist nach deutsch-österreich. Vertrage die Haftung ausgeschlossen, wenn die Postanstalt beweist, daß der declarirte Werth den gemeinen Werth übersteigt (Deutsch-östr. Postvertr. Art. 42 Abs. 5). Besondere Vorschriften gelten im Falle des Verlustes von Sendungen mit Werthpapieren. Hier ist zu unterscheiden zwischen Werth-

---

42) S. hierüber §§. 27—29, 35 u. 36 österr. Fahrpostordn. — Nach Art. 16 und 43 des deutsch-österreichischen Postvertrages kann der Ersatzanspruch rücksichtlich recommandirter Sendungen und rücksichtlich der Fahrpostsendungen vom Adressaten auch erhoben werden, wenn der Absender nicht zu ermitteln ist oder die Verfolgung seines Anspruches dem Adressaten zuweist. — Nach Art. VIII. Abs. 1 des Weltpostvertrages u. Art. XI. Abs. 1 Werthbriefübereinkommen ist der Adressat nur auf Verlangen des Absenders, nach Art. XIII. Abs. 1 des Postpacketübereinkommens auf Verlangen des Absenders, sowie wenn dieser nicht zu ermitteln ist, berechtigt, den Ersatzanspruch zu stellen. — Vgl. §§. 6, 10, 15 des deutschen Postgesetzes. — S. über diese Frage insbes. Schott a. a. O. S. 558 f., woselbst auf S. 558 Note 120 reiche Literaturangaben gegeben sind.

43) Jedoch hat der Absender keinen Anspruch auf Rückersatz der für eine in Verlust gerathene recomm. Sendung entrichteten Franco- und Recommandationsgebühren. (§. 20 Briefpostordn.; H. M. V. v. 28. April 1866 Z. 5955, Post-V. Bl. Nr. 19.) Für in Verlust gerathene portofreie Dienstschreiben, welche recommandirt, jedoch ohne Bezahlung einer Recommandationsgebühr aufgegeben wurde, wird eine Entschädigung nicht geleistet. (H. M. V. v. 31. Jänner 1855 Z. 767, V. Bl. Nr. 11 Anhang.)

papieren (Staats- oder Privatobligationen, Geldanweisungen, Wechsel u. dgl.), welche auf Namen lauten und deren Amortisirung zur Unschädlichmachung des Verlustes vom Eigenthümer veranlaßt werden kann, und auf den Ueberbringer lautenden österreichischen Staatspapieren. Im Verlustfalle ersterer werden dem Reclamanten nur die durch den Verlust entstandenen Kosten ersetzt, für verloren gegangene auf den Ueberbringer lautende österreichische Staatspapiere aber wird Ersatz geleistet, jedoch nur, wenn sich der Reclamant über die veranlaßte Amortisirung derselben mit dem bezüglichen Amortisationsedicte ausweist (§. 38 Fahr-Post-Ordn.).[44])

Außerdem wird dem Absender einer Sendung das Porto rückersetzt (§. 38 F. P. O.)

4. Für Packete ohne Werthangabe ist im Verlust-, Abgangs- oder Beschädigungsfalle dem Absender in der Regel der wirkliche Schaden zu ersetzen. Jedoch stellt das Gesetz hier eine Maximalgrenze auf. Es soll nämlich nie mehr als zwei Gulden für jedes Kilogramm der ganzen Sendung ersetzt werden, wobei ein überscheidender Theil eines Kilogrammes für ein ganzes Kilogramm gezählt wird. Wiegt das ganze Packet weniger als ein Kilogramm, so gilt als Maximalersatz zwei Gulden, wie wenn es ein volles Kilogramm wiegen würde.[45])

5. Für reglementsmäßig eingeliefertes Reisegepäck bei Reisen mit ordentlichen Posten haftet die Postanstalt in demselben Umfange wie sonst für Postsendungen (s. oben Nr. 3 und 4). Ausgeschlossen von der Haftung sind jedoch jene Gegenstände („Kleinigkeiten"), welche der Reisende zu sich in den Wagen nimmt und die sohin seiner Obhut überlassen bleiben (§. 58 F. P. O.).

Endlich hat die Postanstalt wie jeder Frachtführer die Pflicht der Ablieferung der übernommenen Sendung an den Destinatar, d. i. an den berechtigten Empfänger oder dessen empfangsberechtigten Vertreter oder Bevollmächtigten.[46]) Die Ablieferung der Sendung an den Adressaten geschieht auf Grund der bestehenden Vorschriften entweder durch die Bestellorgane der Postanstalt oder mittels anderer Gelegenheit oder endlich in der Weise, daß das Einlangen der Sendung dem Adressaten avisirt wird, der sie dann abzuholen hat.[47]) In den Postvorschriften ist genau festgestellt, in welchen Fällen und in welchem Ausmaße Bestellgebühren eingehoben werden können. Die Sendung ist, wie bereits oben bemerkt wurde, unter normalen Umständen dem Destinatar in unverletztem Zustande zu übergeben, außerdem aber auch rechtzeitig, ohne daß aber die Postanstalt für verspätete Bestellung irgendwelche Entschädigungspflicht oder Haftung trägt.

Die Auslieferungspflicht der Postanstalt erstreckt sich bei gewöhnlichen und recommandirten Briefpostsendungen und Postanweisungen so weit, daß

---

44) Vgl. Kosel a. a. O. S. 34.

45) H. M. V. v. 15. Juli 1888 Z. 27487, Post-V. Bl. Nr. 65 (siehe hiezu Kosel a. a. O. S. 34, 35 u. S. 44 Note 15). Anders im Verkehre mit Ungarn, wo der nachweisbare Schaden u. z. bei Sendungen bis 3 Kilogramm bis zu 6 fl., bei Sendungen über 3—5 kg bis 10 fl. ersetzt wird (H. M. E. v. 11. Mai 1890 Z. 16127, bei Kosel a. a. O. S. 44 Note 15).

46) Das Nähere hierüber siehe bei Kosel a. a. O. §. 25.

47) S. hiezu Kosel a. a. O. §. 24.

die Postanstalt im Falle der Empfänger seinen Aufenthalts- oder Wohnort verändert hat und sein neuer Aufenthalts- oder Wohnort der Postanstalt bekannt ist, ihm die genannten Sendungen dahin nachzusenden hat, ohne Nachzahlung, wenn nicht für die neue Beförderungsstrecke reglementsmäßig eine höhere Portotaxe oder Recommandationsgebühr zu berechnen kommt als für die frühere z. B. bei über den Localrayon hinaus nachzusendenden Locobriefen, die nur als Locobriefe frankirt sind.[48])

Briefe mit Werthangabe oder Packete (wie Fahrpostsendungen überhaupt) werden nur über ausdrückliches Verlangen des Absenders oder des Empfängers, in letzterem Falle nur bei vorhandener Sicherheit des Porto, nachgeschickt.[49]) Für die Nachsendung der Fahrpostsendungen wird das Porto und die Versicherungsgebühr von Ort zu Ort aufgerechnet.[50])

Ist die Sendung wegen Unauffindbarkeit des Adressaten am Bestimmungsorte oder Unzulässigkeit oder Unmöglichkeit der Nachsendung oder infolge verweigerter Annahme oder infolge Ablauf der für die Abholung reglementsmäßig festgesetzten Zeitfrist unbestellbar, so wird sie, sobald diese Unbestellbarkeit constatirt ist, ohne Verzug an den Absender zurückgesendet[51]), oder wenn die Sendung schnellem Verderben unterliegt und Besorgniß vorliegt, daß dieses Verderben auf dem Rücktransporte eintritt, für Rechnung des Absenders in der hiefür vorgeschriebenen Weise veräußert.[52]) Der Grund der Rückleitung bezw. Veräußerung ist auf der Sendung bezw. auf der Begleitadresse anzumerken. Nur für Briefe mit Werthangabe und für Packete ist für die Rücksendung Porto und Versicherungsgebühr aufzurechnen, nicht aber für andere Sendungen.[53]) Diese Retoursendungen sind dem Absender nach den für die Ablieferung bestehenden Vorschriften zu bestellen. Ist aber der Absender ohne Eröffnung der Sendung nicht zu ermitteln, oder überhaupt nicht mehr auffindbar, oder gestorben, oder verweigert er die Rückübernahme der Sendung, so tritt ein eigenes Verfahren ein, das entweder durch Eröffnung der Sendung zur Ermittelung des bis dahin unbekannten Absenders und Rückstellung der Sendung an diesen, oder zur Deponirung oder Veräußerung des Inhaltes der Sendung führt.[54])

Solange die Sendung dem Destinatar nicht zugestellt ist, ist die Postanstalt wie jeder Frachtführer (Art. 402 H. G. B.)[55]) verpflichtet, den

---

48) Vgl. Kosel a. a. O. §. 27.

49) Kosel a. a. O. §. 27 Note 2.

50) H. M. V. v. 16. Oct. 1878 Z. 30190, P. V. Bl. Nr. 56; v. 2. März 1879 Z. 765, P. V. Bl. Nr. 17 Anhang.

51) §. 49 Brief P. O; §. 30 F. P. O.; H. M. V. v. 20. Jänner 1880 Z. 1384, P. V. Bl. Nr. 5; v. 8. Oct. 1884 Z. 35853. P. V. Bl. Nr. 74; v. 4. Sept. 1890 Z. 33512, P. V. Bl. Nr. 89 (§. 27). Vgl. §§. 21, 39, 44 deutsche Postordn.

52) H. M. V. v. 19. Febr. 1869 Z. 8172, P. V. Bl. Nr. 64; und v. 21. Dec. 1882 Z. 38640; Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 106.

53) Vgl. Kosel a. a. O. §. 28 unter Nr. 5 u. Note 12.

54) Siehe hierüber Kosel a. a. O. §. 28 unter Nr. 7 und 8, und die dort cit. Verordnungen; Schott a. a. O. §. 367 II. unter Nr. 2 lit. g.

55) Ung. H. G. §. 404; bosn. §. 417.

Weisungen des Absenders unter den reglements- oder vertragsmäßig bestehenden Voraussetzungen und Beschränkungen Folge zu leisten.[56])

Der Postanstalt steht für die Besorgung des Transportes ein Anspruch auf eine Gebühr (Porto, Versicherungsgebühr, Bestellgebühr, Recommandationsgebühr) zu, welche je nach Art, Gewicht und Werth, und auch je nach der besonderen Behandlung einer Sendung während des Transportes und bei der Bestellung, bezw. je nach den nebst dem Transporte noch übernommenen Geschäftsleistungen der Postanstalt und auch mit Rücksicht auf die qualificirte Haftpflicht derselben eine verschiedene ist.[57]) Das Porto ist entweder vom Absender oder vom Adressaten zu entrichten. Wenn nicht ausdrücklich anders bestimmt ist, ist es dem Absender freigestellt, das Porto selbst zu entrichten oder nicht, d. i. die Sendung frankirt oder unfankirt aufzugeben; die Frankirung geschieht, falls nicht ausdrücklich anders bestimmt ist, durch Postmarken (§. 23 B. P. O., §. 18 F. P. O.)[58]) Das Porto für unfrankirte Sendungen sowie das etwaige Nachschußporto für ungenügend frankirte Sendungen ist vom Adressaten einzuheben. Nichts destoweniger aber ist der Absender auf Grund des §. 25 Postges. für die Entrichtung des Porto bezw. des Nachschußporto principiell haftungspflichtig, weshalb er im Falle der Nichtannahme der Sendung durch den Destinatar oder der Unauffindbarkeit des letzteren zur Zahlung des Porto und der sonstigen Gebühren auch dann verpflichtet ist, wenn er die Sendung nicht annimmt.[59]) Ein Francaturzwang besteht, wie bereits oben (Note 23) ausgeführt wurde, bei Correspondenzkarten, Drucksachen, Waarenproben, recommandirten Briefpostsendungen, Postanweisungen, Postaufträgen, Expreßsendungen, offen aufgegebenen Geldbriefen, für Postpackete (colis postaux), für an portofreie Adressaten adressirte portopflichtige Sendungen. Gebührenfreiheit im Postverkehre genießt nur, wem diese durch Gesetz ausdrücklich zugestanden ist.[60]) Auf Einbringung des Porto hat die Postanstalt ein gesetzliches Pfandrecht, das sich darin äußert, daß sie die Sendung nur gegen Bezahlung der Porto- und sonstigen Gebühren auszuliefern hat (Nichtzahlung der Gebühren kommt gleich der Nichtannahme der Sendung), und ferner darin, daß sie diesen ihren Anspruch aus dem Erlöse veräußerter Sendungen befriedigen kann.[61]) (vgl. Art. 409—412 H. G. B.)[62])

---

56) Das Nähere hierüber sammt den diesbezüglichen Verordnungen s. Kosel a. a. O. §. 23; vgl. Schott a. a. O. §. 367 IV. unter Nr. 1.

57) Siehe Kosel a. a. O. §. 9 u. 31; Goldschmidt, System des H. R. 4. Aufl. §. 128 S. 235.

58) Siehe oben Note 23.

59) Vgl. hierüber Kosel a. a. O. §. 31 Note 3.

60) Gesetz v. 2. Oct. 1865 R. G. Bl. Nr. 108; siehe hierüber Kosel S. 20 ff. — Vgl. f. Deutschland Gesetz über Portofreiheiten v. 5. Juni 1869.

61) §. 31 Abs. 4 österr. Fahrpostordn.; deutsches Posttaxgesetz §. 6 — Vgl. Kompe in Ztschr. f. deutsches Recht XVIII. S. 301 ff.

62) Ung. H. G. §§. 411—414; bosn. §§. 424—427.

§. 149.

3. Das modificirte Postfrachtgeschäft.[1])

I. Mit dem Frachtgeschäfte der Postanstalt können, wie oben (§. 147) erwähnt wurde, auch noch andere Geschäfte verbunden sein. Die Verbindung solcher Geschäfte kann eine derartige sein, daß sowohl der Transport als auch das sonstige mit demselben verbundene Geschäft selbständige Geschäfte sind, welche ein jedes um seiner selbst willen vorgenommen werden; diesfalls wird das Frachtgeschäft durch das hinzutretende Geschäft einfach nur modificirt, und kann selbst dann aufrecht erhalten werden, wenn von dem zweiten Geschäft zurückgetreten wird (z. B. Zustellung der Nachnahmesendung ohne Nachnahme infolge Auflassung der Nachnahme). Die Verbindung der Geschäfte kann aber auch eine solche sein, daß der Transport nur Mittel zum Zwecke ist, nur der Realisirung des mit demselben verbundenen Geschäftes dienen soll, nicht um seiner selbst willen unternommen wird, wie z. B. der Transport des ausgefüllten Postanweisungsblanquettes beim Postanweisungsgeschäfte.

II. Zu den modificirten Frachtgeschäften im ersteren Sinne gehören: 1. Die Beförderung und Zustellung bestimmter Sendungen mit Rückschein (Retourrecepisse).[2]) Hier übernimmt es die Postanstalt, dem Absender auch noch ein Beweismittel über die erfolgte Bestellung der Sendung, eine eigenhändige Empfangsbestätigung des Adressaten, zu verschaffen. Hier liegen zwei selbständige — allerdings nach Absicht des Absenders untrennbar von einander vorzunehmende Geschäfte vor; das Frachtgeschäft ist aber nicht etwa nur Mittel zur Erlangung der Empfangsbestätigung, sondern der Transport eben ist es, der um seiner selbst willen realisirt werden soll, und das Frachtgeschäft wird gegenüber dem gewöhnlichen Postfrachtgeschäfte nur dadurch modificirt, daß die Sendung nur gegen Ausfertigung des Rückscheines zugestellt wird, der dann dem Absender gegen Einziehung des Aufgabescheines ausgehändigt wird. Eine solche Modification des Frachtgeschäftes ist aber nur gestattet bei bescheinigten Sendungen, wo es sich um Ablieferung von Sendungen oder Geld an den Adressaten handelt; daher nur bei recommandirten Sendungen, Geldbriefen (Werthbriefen), Packeten und Postanweisungen.[3]) Der Absender muß das bezügliche Verlangen ausdrücklich auf der Adresse der Sendung bezw. auf der Begleitadresse bemerken. Hiefür ist eine be-

1) Vgl. hiezu Schott in Endemann's Hdb. III. §. 368; die einschlägige Literatur und Quellenstellen in den folgenden Noten.

2) §§. 18 und 43 österr. Briefpostordn.; §. 15 österr. F. P. O.; die nachträglich erflossenen Verordnungen sind zusammengestellt bei Kosel a. a. O. §. 22 Note 2. — Deutsche Postordn. §. 15 IV.; Weltpostvertrag Art. VI. Abs. 3 „avis de reception“; der Behändigungsschein der deutschen Postordn. (§§. 22, 35) ist eine postamtliche Bestätigung über die erfolgte Bestellung; auch im Falle der Ausstellung eines Behändigungsscheines liegt ein modificirtes Postfrachtgeschäft derselben Art vor wie bei Bestellung gegen Rückschein.

3) S. hierüber Kosel a. a. O. §. 22 unter Nr. 2 und Note 2. — Anders deutsche Postordn. §§. 22 u. 35, wonach auch bei gewöhnlichen Briefen ein Rückschein bezw. Behändigungsschein gestattet ist.

sondere Gebühr zu entrichten. Nur den Civil- und Militärgerichtsbehörden[4]), den k. k. Bergbehörden[5]), den k. k. Finanzbehörden und -Aemtern[6]), den k. k. polit. Verwaltungsbehörden[7]), den Agrarbehörden[8]), den Militärbehörden[9]) und dem Postsparcassenamte[10]) ist die unentgeltliche Beigabe eigener Rückscheine zu ihren an Parteien gerichteten Erlässen und Dienstschreiben gestattet. Seitens des k. k. Postsparcassenamtes in Wien werden den Fahrpostsendungen an k. k. Behörden und Aemter wie an Private eigene, von ihm selbst bis auf die Gewichtsrubrik auszufüllende Rückscheine beigegeben.[11]) Bei Fahrpostsendungen portofreier Behörden und Aemter an portopflichtige Parteien wird für Rückscheine eine Gebühr nicht erhoben.[12])

2. Das Zeitungs- und Zeitschriftendebit[13]) (sog. Zeitungsspedition) besteht in der Annahme und Ausführung von Abonnements auf Zeitungen, Zeitschriften (Anzeigeblätter). Die Postanstalt übernimmt diesfalls nicht nur die Verfrachtung, sondern auch den Vertrieb der Zeitschrift.[14]) Die Post ist hier nicht einfacher Frachtführer, sondern es liegt eine Combination eines Frachtgeschäftes mit einem anderen Geschäfte vor. Die rechtliche Natur dieses zweiten Geschäftes sowie, wer dessen Contrahenten sind, ist bestritten.[15]) Die früher herrschende Meinung ging dahin, daß das Postdebitgeschäft eine Art Commissionsgeschäft sei.[16]) Das würde voraussetzen, daß die Postanstalt, sei es für Rechnung des Verlegers[17]), oder für Rechnung des Abonnenten[18]) in eigenem Namen contrahire, was aber nicht zutrifft. Die Thätigkeit der Post bei dem

4) H. M. V. v. 1. Febr. 1853 Z. 733, P. V. Bl. von 1853 I. Bd. Nr. 13; v. 26. Oct. 1856 Z. 24890, P. V. Bl. Nr. 86.

5) H. M. V. v. 18. Juni 1857 Z. 7812, P. V. Bl. Nr. 41.

6) H. M. V. v. 25. Juni 1873 Z. 34019 von 1872, P. V. Bl. Nr. 25; v. 30. April 1879 Z. 2106, P. V. Bl. Nr. 33.

7) H. M. V. v. 31. Aug. 1887 Z. 13938, P. V. Bl. Nr. 79. Rücksichtlich der landesfürstlichen Behörden gelten dieselben Normen (s. Kosel a. a. O. §. 22 Note 2).

8) H. M. V. v. 2. Juni 1888 Z. 16995, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 51.

9) H. M. V. v. 29. Febr. 1888 Z. 8415, P. V. Bl. Nr. 19.

10) H. M. V. v. 8. März 1883 Z. 334, P. V. Bl. Nr. 27.

11) H. M. V. v. 27. Juni 1883 Z. 1096, P. V. Bl. Nr. 70 Anhang.

12) H. M. V. v. 7. April 1852 Z. 6874, P. V. Bl. Nr. 31.

13) Vgl. Schott a. a. O. III. §. 368 S. 567 ff.; Mittelstein, Beitr. zum Postrecht S. 130 ff.; Dambach, Deutsches Postgesetz 5. Aufl. S. 31 ff., zu §. 3 Postgesetz; Kosel a. a. O. §. 12; Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 78 Nr. IV. S. 463, 464; Lentner in Wiener Jurist. Bl. Nr. 42 v. 1883.

14) Cosack, H. R. S. 463. — Man kann sich auch die beim Verleger oder bei einem Buchhändler bestellten Zeitungen durch die Post zusenden lassen; in diesem Falle aber ist die Post einfacher Frachtführer.

15) Vgl. außer den in Note 13 angeführten Schriftsteller auch noch Tinsch in Gruchot's Beitr. XXXV. S. 209 ff.; Sydow im Arch. f. Post u. Telegr. 1891 S. 519 f.; Gad, Haftpflicht der Postanstalten S. 35 Nr. 19; Rösler, Verwaltungsrecht II. S. 466 Nr. 5; Meili, Haftpflicht der Postanstalten S. 34; Meili, Das Recht der modernen Transportanstalten S. 65; Sentz in Gerichtshalle Nr. 24 von 1880.

16) Gad, Haftpflicht der Postanstalten (1863) S. 35 Nr. 19; Rösler, Verwaltungsrecht II. S. 466 Nr. 5; Meili, Haftpflicht der Postanstalten S. 34.

17) Rösler, Verwaltungsrecht I. S. 466 Note 5; Meili, Haftpflicht S. 103.

18) Gad, Haftpflicht S. 35 Note 19.

Zeitungsdebit beschränkt sich vielmehr auf die Mitwirkung bei Abschluß und Erfüllung des zwischen Verleger und Abonnenten geschlossenen Abonnementsvertrages.[19]) Die Post kauft (bestellt) nicht selbst in eigenem Namen für Rechnung des Abonnenten die Zeitschrift[20]), um sie diesem in eigenem Namen für Rechnung des Verlegers zu verkaufen; sondern der Abonnent contrahirt durch Vermittelung der Postanstalt direct mit dem Verleger, kauft diesem die Zeitschrift ab; die Postanstalt übernimmt nur die Eincassirung des Abonnementsbetrages, die Auszahlung desselben an den Verleger, sowie die Beförderung und Zustellung der Zeitschriften an die Abonnenten. Für diese Vermittelung erhält die Postanstalt eine Provision, für die Beförderung ein Porto, für die Bestellung eine Bestellgebühr; auch gebührt ihr der Ersatz der etwa für eine Zeitung oder Zeitschrift zu entrichtenden ausländischen Steuer. Hiedurch ergibt sich die Differenz zwischen dem Erlaßpreise d. i. dem vom Abonnenten zu zahlenden Preise und dem Einkaufspreise d. i. dem an den Verleger abzuliefernden Betrage. Der sog. Erlaßpreis einer Zeitschrift setzt sich sohin zusammen aus dem Einkaufspreise, der Provision, dem Porto, der Bestellgebühr und der etwaigen Steuer. Faßt man nun diese thatsächlichen Vorgänge ins Auge, so erscheint die Postanstalt als vom Abonnenten beauftragt, für ihn das Abonnement der Zeitung bei deren Verleger zu vollziehen. Zu diesem Behufe zahlt der Abonnent an die Postanstalt den sog. Einkaufspreis der Zeitung und für die hiebei der Postanstalt obliegende Mühewaltung die Provision. Dadurch daß die Postanstalt den Einkaufspreis am Ort des Verlegers durch das Postamt an diesen auszahlen läßt, erfüllt sie den ihr vom Abonnenten zu Theil gewordenen Auftrag. Dadurch kommt zwischen dem Abonnenten und dem Verleger der Abonnementsvertrag, der ein Lieferungskauf ist, zustande. Die Postanstalt erscheint für diesen Vertrag als Vermittlerin. Zugleich übernimmt die Postanstalt als Frachtführerin dem Verleger und dem Abonnenten gegenüber die Pflicht zur Beförderung und Zustellung der Zeitungsexemplare an den Abonnenten. Hiefür erhält sie die Bestellgebühr und den Ersatz der Kosten (fremde Steuern und Portobeträge). Es liegt sohin ein „Frachtgeschäft in Verbindung mit einem Mandate von der Art der buchhändlerischen Commission" und ein Lieferungskauf zwischen Abonnent und Verleger, sohin ein dreifacher Vertrag vor.[21],[22]) Der letzterwähnte Lieferungskauf ist auf Seite des Verlegers objectives Handelsgeschäft (Art. 272 Z. 5).[23]) Aus diesem Ge-

19) R. O. H. G. XXIII. S. 9 ff.

20) R.O.H.G. XXIII. S. 9 ff.; Mittelstein a. a. O. S. 135; Dambach a. a. O. S. S. 32. — Anders Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 78 S. 463, welcher die Post selbst als Käufer bezeichnet.

21) So Loening, Verwaltungsrecht S. 606 Nr. 1; anders Mittelstein a. a. O. S. 136. Die Entscheidung des R. O. H. G. XXIII. S. 9 ff. scheidet und untersucht nur das Rechtsverhältniß zwischen Abonnenten und Verleger, und zwischen Post und Verleger.

22) Neuestens bezeichnet Schott in Endemann's Hdb. III. S. 568 den Postdebit als Geschäftsbesorgung und Frachtgeschäft; und Meili, Recht der modernen Transportanstalten S. 95, als Geschäftsbesorgung (Dienstmiethe).

23) Ung. H. G. §. 259 Z. 5; bosn. §. 283 Z. 5.

schäfte haftet der Verkäufer daher nach H. R. und im Falle der Nichterfüllung des Abonnementsvertrages steht dem Adressaten nicht etwa eine Ersatzforderung gegen die Post, z. B. etwa auf Rückerstattung der Provision oder der Bestellgebühr zu, sondern nur gegen den Verleger, so z. B. wenn dieser die Zusendung der Zeitung unzeitig d. i. vor Ablauf des Abonnements einstellt, oder wenn der Zeitung der Postdebit entzogen wird. Da ferner nach der Natur des Geschäfts und der Absicht des Contrahenten der Bestimmungsort der Zeitung Erfüllungsort des Lieferungskaufes ist, hat der Verleger als Verkäufer die Gefahr des Transportes zu tragen.[24]) (Art. 324, 345 H. G. B.)[25]) Der Destinatar hat sich daher in Verlustfällen an ihn zu halten. Dem Verleger aber steht seinerseits wieder das Rückgriffsrecht gegen die Post als Frachtführerin[26]) zu, welche in diesem Fall mangels einer reglementsmäßigen Einlieferung der Zeitungen zur Post nicht nach den Postvorschriften, sondern nach Maßgabe des H. G. B. haftet, sofern sie nicht nachweist, daß der Verlust durch höhere Gewalt herbeigeführt worden ist[27]) (Art. 395, 421 H. G. B.).[28])

3. Das sog. Postnachnahmegeschäft[29]) ist ein mit einem Eincassirungsmandate verbundenes Frachtgeschäft; es ist wie jedes Nachnahmegeschäft ein modificirtes Frachtgeschäft. Die Post stellt in diesem Falle nicht nur die Sendung zu, sondern sie zieht über Auftrag des Absenders auch noch den Nachnahmebetrag vom Adressaten ein, um diesen Betrag dann dem Absender auszuzahlen.[30]) Daß es sich hier nur um ein durch Verbindung mit dem Incassomandat modificirtes Frachtgeschäft, um zwei selbständige Geschäfte handelt, ergibt sich daraus, daß der Absender, im Falle der Adressat die Annahme der Sendung mit Nachnahme verweigert, die Nachnahme auflassen kann, wodurch infolge Wegfall des Incassomandates ein einfaches Postfrachtgeschäft übrig bleibt.

Nachnahmegeschäfte können mit dem Transporte von recommandirten Briefpostsendungen und von Werth- und sonstigen Fahrpostsendungen verbunden sein. Das Geschäft wird äußerlich als solches gekennzeichnet, durch die Vermerke sowohl auf der Sendung selbst, bezw. auch auf der Begleitadresse, als auch auf der für die Einlieferung dieser Sendung ausgestellten Bescheinigung. Außerdem ist bei Fahrpostsendungen mit der Begleitadresse zugleich eine sog. Nachnahmepostanweisung verbunden. Die Bestellung der Sendung erfolgt nur unter gleichzeitiger Einziehung des Nachnahmebetrages, und es ist auch nicht gestattet, die Sendung zum Zwecke der Besichtigung vor Entrichtung des Nachnahmebetrages zu eröffnen. Diesbezügliche Ansuchen dürfen seitens der Postanstalt nicht

24) Dambach a. a. O. S. 33.
25) Ung. H. G. §§. 322, 344; bosn. §§. 338, 362.
26) Dambach a. a. O. S. 34.
27) Anders Mittelstein a. a. O. S. 136.
28) Ung. H. G. §§. 398, 422; bosn. §§. 411, 435.
29) Vgl. Schott a. a. O. §. 368 S. 569 u. ff.; Dambach, Postgesetz Nr. 30—33 zu §. 6 (S. 68 ff.); Kosel a. a. O. §. 17. — Oesterr. H. M. B. v. 4. März 1883 Z. 6379, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 28; v. 15. Juli 1888 Z. 27486, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 65; v. 23. Juni 1892 Z. 26522, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 62. — Deutsche Postordn.
30) S. oben §. 145. [§§. 18, 19.

berücksichtigt werden.[31]) Jedoch kann der Absender auf Ansuchen des Adressaten Herabminderung oder Auflassung der Nachnahme gewähren. Hiefür ist ein besonderes formelles Verfahren innerhalb bestimmter Fristen vorgeschrieben.[32])

Für die Einlösung recommandirter Nachnahmesendungen ist eine Frist von acht, für andere Nachnahmesendungen eine solche von vierzehn Tagen vom Zeitpunkte des Einlangens der Sendung am Bestimmungsorte festgesetzt, welche Frist auch dann gilt, wenn die Sendung poste restante, postlagernd adressirt ist. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist wird die Sendung an den Absender gegen Einziehung des Aufgabescheines bezw. Vermerk im Postaufgabebuch zurückgestellt.[33]) Bei Nachsendung von Nachnahmesendungen wird vom Zeitpunkte des Einlangens am neuen Bestimmungsorte keine neue Frist berechnet, sondern die acht- bezw. vierzehntägige Frist läuft auch in diesem Falle vom Zeitpunkte des Einlangens der Sendung am ursprünglichen Bestimmungorte.[34]) Die eingelösten Nachnahmebeträge werden den Absendern von dem Bestimmungspostamte mittels Postanweisung bezw. mittels der vom Nachnahmefrachtbrief abzutrennenden Nachnahmepostanweisung gegen Einziehung des Aufgabescheines der Sendung bezw. gegen Vermerk im Postaufgabebuch ausgezahlt. Als Adressaten der Nachnahmepostanweisung darf der Absender nur sich selbst oder ein öffentliches Creditinstitut namhaft machen (z. B. östr. ung. Bank, Escompteanstalt, Bodencreditanstalt rc.)[35]) Außer der Portogebühr für die Beförderung und der eventuellen Versicherungsgebühr (Recommandationsgebühr bezw. Werthporto) hebt die Postanstalt auch noch eine Gebühr für die Einziehung der Nachnahme sowie für die Ueberweisung des eingezogenen Betrages an den Absender oder den von ihm benannten Honoraten ein.[36])

III. Geschäfte der Post, bei welcher die Beförderung nur Mittel zum Zwecke ist, sind die Postanweisung und der Postauftrag.

1. Die Postanweisung[37]) ist ein formularmäßiger Auftrag ihres Ausstellers und Aufgebers zur Auszahlung eines vom Auftraggeber bei

---

31) §. 11 Abs. 2 H. M. V. v. 4. März 1883 Z. 6379, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 28.

32) S. hierüber Kosel a. a. O. S. 118.

33) §§. 1 u. 11 Abs. 2, 5, 13 H. M. V. v. 4. März 1883 Z. 6379, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 28 u. H. M. V. v. 23. Juni 1892 Z. 26522, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 62 Z. 17 u. 18. — Nach deutscher Postordn. (§. 18, V—VIII.) besteht hiefür nur eine Frist von sieben Tagen.

34) §. 13 H. M. V. v. 4. März 1883 Z. 6379, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 28.

35) Kosel a. a. O. S. 119.

36) Kosel a. a. S. 117.

37) Vgl. Schott in Endemann's Hdb. III. §. 369; G. Cohn ebenda III. §. 450; Gad, Haftpflicht der Postanstalten S. 214 ff.; Meili, Haftpflicht der Postanstalten S. 102 ff.; Gareis in Bl. f. Rechtsanwendung f. Bayern LIV. S. 208 ff., 225 ff.; Endemann, H. R. §. 181; Tinsch, Die Postanweisung civilrechtlich betrachtet (1890) und in Gruchot's Beitr. XXXV. S. 193 ff.; Schmidt ebenda XXXIV. S. 177 ff. (auch separat); Mittelstein, Beitr. zum Postrecht (1891) 82 ff. u. in Gruchot's Beitr. XXXVI. S. 579 ff.; Pfizer in Jhering's Jahrb. XXXI. S. 330 ff.; Loewi, Die Postanweisung (1892); Dambach, Das Gesetz üb. d. Postwesen des Deutschen Reiches (5. Aufl.) S. 65 ff.; Cosack, H. R. §. 78 unter Nr. VI. — Kosel a. a. O. §§. 15 u. 16. — Oesterr. H. M. V. v. 27. Juli 1850 Z. 3517 C, P. V. Bl. Nr. 128, 129 II. Bd.; v. 15. Juli 1888 Z. 27.486 P. V. Bl. Nr. 65; v. 4. Sept. 1890 Z. 33512 Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 89; wegen telegr. Postanweisungen s. H. M. V. v. 23. April 1868 Z. 4343; P. V. Bl.

der Post baar eingezahlten Betrages. Die rechtliche Natur des diesem Geschäfte zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses ist bestritten. Theils sieht man in demselben ein Mandat[38]), theils eine Assignation[39]), theils einen Realcontract[40]), oder eine locatio conductio operis irregularis.[41]) Zerlegt man dieses Geschäft nach den thatsächlichen Vorgängen in seine Theile, so zerfällt das ganze Geschäft in zwei verschiedene Geschäfte, das Anweisungsgeschäft einerseits und das Frachtgeschäft bezw. die telegraphische Uebermittelung der Anweisung an den Destinatar andererseits. Inhalt des ersteren ist die Auszahlung eines dem vom Absender baar eingezahlten Betrage der Höhe nach gleichen Betrages an den Adressaten der Anweisung; letzterer hat die Beförderung des ausgefüllten Anweisungsblanquettes bezw. die Uebermittelung der telegraphischen Anweisung zum Gegenstande; Subjecte des ersteren sind Absender, Postanstalt und Adressat, Subjecte des letzteren nur Absender und Postanstalt; das Frachtgeschäft bezw. die telegraphische Uebermittelung der Anweisung liegt auch vor, wenn der Adressat die Anweisung und die Auszahlung nicht annimmt; der Anweisungsvertrag aber setzt eben auch die Auszahlung an den Adressaten voraus; deshalb gebührt der Postanstalt die Gebühr (Frachtlohn) für die Uebermittelung der Anweisung auch für den Fall, als der Destinatar ablehnt, da sie ja diesfalls doch den Transport erfüllte. Aber diese mit der Höhe des angewiesenen Betrages sich steigernde Gebühr verringert sich auch nicht für den Fall der Vereitelung der Auszahlung an den Destinatar, da ja diesfalls die Postanstalt die Verpflichtung der Rückzahlung des eingezahlten Betrages an den Absender hat. Das Anweisungsporto ist, soweit es die sonstige Briefpostsendungsgebühr übersteigt, Werthporto, sohin Versicherungsgebühr. Der Postanweisungsvertrag wird aber dadurch zu einem negotium sui generis, daß hier außer der Willensübereinstimmung der Contrahenten auch noch die Einzahlung des angewiesenen Betrages an die Postanstalt durch den Absender erforderlich ist. Die Postanstalt haftet nicht zufolge der Uebernahme des Anweisungsformulares, sie ist nicht auf Grund des Auftrages allein zur Auszahlung verpflichtet, sondern nur, wenn, weil und soweit sie die angewiesene Geldsumme empfangen hat.[42]) Daher erlischt auch im Falle der Ausstellung einer Doppel-

---

Nr. 18 u. v. 4. Sept. 1890 Z. 33512, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 89; — §§. 6 und 26 deutsches Postgesetz; und §§. 16, 17, 18, 34, 39, 40 der deutschen Postordnung.

38) G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 450 S. 1088 „Zahlungsmandat auf irreguläre Depositenschuld"; Gareis, Blätter für Rechtsanwendung f. Bayern LIX. S. 209 ff.: „kaufmännische Anweisung".

39) Meili, Haftpflicht der Postanstalten S. 102.

40) Tinsch, Die Postanweisung §. 3; Schmidt im Arch. f. Post u. Tel. Nr. 19 von 1886; Mittelstein, Beitr. z. Postrecht S. 90 ff.

41) So Mandry, Der civilrechtl. Inhalt der Rechtsgesetze, 3. Aufl. S. 420 ff.; Loewy, Die Postanweisung §. 3. — Schott a. a. O. S. 587 bezeichnet das Postanweisungsgeschäft als Arbeitsgeschäft, das nach Analogie der locatio conductio operis zu beurtheilen ist. (Vgl. jedoch S. 570, wo er sich gegen die loc. cond. oper. irreg. ausspricht und nur ein auf Gesetz beruhendes Rechtsverhältniß, eine gesetzliche Auszahlungspflicht der Post, keine vertragsmäßige Zahlungsanweisung annimmt. Vgl. auch Zorn, Staatsrecht des Deutschen Reichs II. S. 27.)

42) §. 6 deutsches Postgesetz; Art. V. des internat. Uebereink. betr. den Verkehr mit Postanweisungen.

(Duplicats-)anweisung die Verpflichtung zur Zahlung der Originalanweisung; und eben deshalb steht der Postanstalt im Falle doppelter Auszahlung sowie bei einer unter der irrigen Voraussetzung der Einzahlung vollzogenen Zahlung die condictio indebiti gegen den Destinatar zu.[43]) Der Auftrag an die Postanstalt erlischt nicht durch den Tod des Absenders. Zwischen der Postanstalt und dem Adressaten besteht kein Rechtsverhältniß, die Zahlung der Postanstalt an ihn ist Zahlung des Absenders, auch dann, wenn dieser dem Adressaten bei Annahme des Geldes unbekannt war. Aus dem Mangel eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen Post und Destinatar erklärt sich auch die Unübertragbarkeit der Postanweisung seitens des Adressaten, was aber nicht ausschließt, daß diese Uebertragung im Wege des Gesetzes geschaffen werden kann, in welchem Sinne auch der diesbezügliche Vorbehalt der contrahirenden Staaten in Art. II. Z. 4 des internationalen Postanweisungsübereinkommens aufzufassen ist.

Mit der Anweisung ist ein Coupon verbunden, der seitens des Absenders zu einer schriftlichen Mittheilung benutzt werden kann.

2. Der Postauftrag[44]) ist ein Eincassirungsmandat an die Postanstalt. Durch die Annahme des Postauftrages verpflichtet sich die Postanstalt, den in einer dem Auftrage beigegebenen Urkunde genannten Betrag von einer bestimmten Person gegen Aushändigung des Papiers einzuziehen, bei Nichtzahlung aber das Papier nicht auszuliefern, sondern dem Empfänger zurückzustellen. Zur Eincassirung mittels Postauftrags sind alle eine Forderung begründenden oder auf eine solche sich beziehenden Documente, wie Schuldscheine, Wechsel, Quittungen, Rechnungen, Coupons (mit Ausnahme jener, die nur gegen Vorweis des betreffenden Werthpapieres eingelöst werden können), gezogene Werthpapiere zulässig. Rechnungen und andere Documente, welche nach allgemeinem Gebrauche nur im Falle ordnungsmäßiger Quittirung (Saldirung) honorirt zu werden pflegen, müssen entsprechend quittirt beigelegt werden.[45])

Seinem juristischen Wesen nach ist der Postauftrag die Besorgung eines Incasso durch die Post, ähnlich wie die Nachnahmesendung, von letzterer jedoch dadurch verschieden, daß es bei der Nachnahmesendung dem Absender in erster Linie darum zu thun ist, das Frachtgut dem Adressaten zuzumitteln, beim Postauftrage jedoch darum, die aus der Urkunde ersichtliche Forderung einzuziehen, während die zu übermittelnde Urkunde theils

---

43) Tinsch, Postanweisung §§. 4 und 8; Mittelstein, Beitr. S. 100 ff.; Schmidt, Rechtliche Natur der Postanweisungen S. 67 ff.

44) Schott a. a. O. §. 369 (S. 572 ff.); Mittelstein a. a. O. S. 105 ff.; Dambach a. a. O. S. 70 ff; Kosel a. a. O. §. 18. — H. M. V. v. 9. Oct. 1882 Z. 32101, P. V. Bl. Nr. 84; v. 2. Jänner 1883 Z. 43145, P. V. Bl. Nr. 2; v. 28. Juni 1883 Z. 23379 P. V. Bl. Nr. 70; v. 25. Dec. 1884 Z. 46522, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 63; v. 17. April 1886 Z. 13609, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 42; v. 7. April 1887 Z. 11098, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 32; v. 15. Juli 1888 Z. 27486, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 84; v. 18. Juni 1890 Z. 25370, Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 59; v. 19. Mai 1892 Z. 17096 Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 51. — Deutsche P. O. §§. 90, 20, 20a, 34, 36, 38, 39.

45) H. M. V. vom 7. April 1887 Z. 11098: Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 32.

Beleg der Forderung, theils Quittung der Zahlung seitens des Adressaten ist.

§. 150.

4. Postsparcassengeschäfte.[1])

I. In Oesterreich obliegt nach Gesetz vom 28. Mai 1882 Nr. 56 R. G. Bl. (abgeändert durch Gesetz v. 19. Nov. 1887 Nr. 133 R. G. Bl.) der Postanstalt auch die Mitwirkung bei Besorgung der Postsparcassengeschäfte; das hiefür unter staatlicher Verwaltung und Gewährleistung errichtete k. k. Postsparcassenamt in Wien untersteht dem Handelsminister und gehört dem Ressort der Postverwaltung an (Art. 1 des Ges. v. 28. Mai 1882 Nr. 56 R. G. Bl.). Als Sammelstellen des Postsparcassenamtes fungiren die vom Handelsminister hiezu bestimmten Postämter der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder (Art. 1 des cit. Ges.). Die Geschäfte des Postsparcassenamtes sind theils Spargeschäfte, theils Check- und Clearinggeschäfte.

II. Die Spargeschäfte erhielten ihre Regelung durch das Gesetz vom 28. Mai 1882 R. G. Bl. Nr. 56, dessen Art. 5, 6, 7, 8 u. 13 durch das Ges. v. 19. Nov. 1887 R. G. Bl. Nr. 133 abgeändert und neu gefaßt wurden. Ihrem Wesen nach stimmen diese Geschäfte mit den sonstigen Spargeschäften der Sparcassen überein, von denen sie sich nur in den Einzelheiten ihrer Durchführung unterscheiden. Diese Besonderheiten der durch das Postsparcassenamt und die als Sammelstellen fungirenden Postämter ausgeübten Geschäfte des Sparverkehres sind durch den Zweck dieser Anstalt und durch die Sicherheit des Verkehrs bedingt, und betreffen insbesondere Höhe, Verzinsung (Fructificirung), Kündigung, Rückzahlung der Einlagen, und sind theils juristischer, theils rein technischer Natur.

III. Unabhängig vom Sparverkehr ist der sog. Anweisungs- (Check- und Clearing-)Verkehr des Postsparcassenamtes.[2]) Die diesbezüglichen Bestimmungen enthält das Gesetz vom 19. November 1887 R. G. Bl. Nr. 133 und das zwischen dem k. k. Postsparcassenamte und der öst. ung. Bank im Februar 1889 abgeschlossene Uebereinkommen betreffend den directen Ueberweisungsverkehr zwischen den im Clearingverkehr des k. k. Postsparcassenamtes stehenden Contoinhabern und den Girokunden der östr. ung. Bank. Begriff und Wesen des Check- und Clearingverkehres wurde bereits oben (§§. 136, 138) entwickelt. Voraussetzung der Theilnahme an dem Checkverkehr mit oder ohne Einschluß des Clearingverkehres ist eine als Depot

---

1) Vgl. John, Die Postsparcassen (1871); Elster, Die Postsparcassen (1881); Morel, Die Postsparcassen (1882); C. Roscher, Postsparcassen und Local-Sparcassen (1885); Laves in Schmoller's Jahrb. X. S. 260 ff. insbes. S. 273 ff.; Dehn, Zur Einführung der Reichspost-Sparcassen (1894). — Die reglementären Vorschriften über den Post-Sparcassendienst in Oesterreich s. bei Schön, Der Post-Sparcassendienst bei den Sammelstellen; — Geschichtliches bei Elster a. a. O. insbes. S. 13 ff.

2) Vgl. auch Mayer in Wiener „Gerichtshalle" Nr. 1 von 1889 und Hanausek, Der Check im Giroverkehr der österr. ung. Bank (1889; Separatabdruck aus den Wiener Jurist. Bl. Nr. 20—24 von 1889), S. 4 Note 4; S. 39, 40 (Anhang).

dienende Stammeinlage (§. 2 d. cit. Ges.), welche bei dem Postsparcassenamte so lange hinterlegt bleibt, als der Einleger an dem Check- oder Clearingverkehr theilnimmt, und im Falle der Kündigung des Check- oder Clearingverkehrs demselben längstens fünfzehn Tage nach Eintreffen der Kündigung zurückzuzahlen ist (§. 4). Die Stammeinlage, deren Höhe im Verordnungswege festgestellt wird, ist in barem Gelde zu leisten (§. 5 Abs. 1). Es kann auch im Verordnungswege festgesetzt werden, daß für den Fall, als der Gesammtumsatz auf dem Conto einen im Voraus bestimmten Maximalbetrag übersteigt, eine Erhöhung der Stammeinlage stattzufinden hat (§. 5 Abs. 2). Der Zinsfuß für Einlagen darf nicht mehr als 2 Procent betragen (§. 6). Von dem bei dem Postsparcassenamte im Anweisungs- (Check- und Clearing-) Verkehre eingehenden Gelde ist ein dem voraussichtlichen Bedarfe entsprechender Theil im Baren bereit zu halten, und die hienach entbehrlichen Geldbeträge sind in der im Gesetze (§. 7 Abs. 3) bestimmten Weise fruchtbringend anzulegen, um die vollständige Erfüllung aller im Check- oder Clearingverkehre vom Postsparcassenamte eingegangenen Verbindlichkeiten jederzeit zu sichern (§. 7 Abs. 2). Außerdem ist aus den aus dem Check- und Clearingverkehr nach Abschlag des etwa aus dem Sparverkehre erwachsenen Ausfalles mit Schluß jedes Verwaltungsjahres sich ergebenden Ueberschüssen ein besonderer Reservefond für den Check- und Clearingverkehr zu bilden, um die aus demselben dem Postsparcassenamte etwa erwachsenden Verluste zu decken. Dieser Fond ist in der im Gesetze bestimmten Weise (§. 7 Abs. 3) fruchtbringend anzulegen (§. 10). Das Erträgniß dieser Veranlagung ist sowie die übrigen Ueberschüsse dem Reservefond zuzuschlagen. Doch hat diese Zuweisung des Reservefonderträgnisses sowie der Geschäftsüberschüsse aus dem Check- und Clearingverkehr nur so lange zu geschehen, bis der Reservefond die Höhe von fünf Procent des im Check- und Clearingverkehre nach Abschlag der Rückzahlungen am Jahresschlusse verbliebenen Einlagestandes erreicht hat (§. 10 Abs. 3), worauf dann die Ueberschüsse an das Postgefälle abzuführen sind. Laut Uebereinkommens des k. k. Postsparcassenamtes und der östr. ung. Bank und laut eines Nachtrages zu den Statuten der letzteren kann jeder Contoinhaber der Bank durch die Bankanstalt, bei der sein Giroconto geführt wird, die Ueberweisung von Beträgen aus seinem Guthaben auf irgendwelche bei dem Postsparcassenamte im Clearingverkehr bestehende, nach Nummer, Namen (Firma) und Domicil der Inhaber genau zu bezeichnende Conten mittels weißer Checks bewirken. Letztere sind so auszustellen, als ob vom Aussteller die directe Abhebung eines Barbetrages beabsichtigt wäre, daher an Stelle einer Ordre zu setzen ist: „an mich (uns) selbst". Auf der Vorderseite des Checks ist quer zu schreiben: „Zur Gutschrift bei dem Postsparcassenamte in Wien auf Conto Nr. . . .", und es ist dieser Vermerk vom Aussteller zu unterschreiben. Eine solche Ueberweisungsdisposition kann stets nur vom Aussteller des Checks, niemals von einem dritten Inhaber desselben getroffen werden.[3])

---

3) Mayer a. a. O.; Hanausek a. a. O.

IV. Die mit dem Geschäften des Postsparcassenamtes zusammenhängenden Postfrachtgeschäfte sind selbständige Geschäfte, und dienen dem Postsparcassenamte nur als Mittel zum Zwecke.

§. 151.

5. Der Personentransport der Postanstalt.[1])

Die Postanstalt besorgt auch den Personentransport u. z. entweder mittels ordentlicher Posten d. i. mittels vom Staate beigestellter Transportmittel mit regelmäßiger Abgangs- und Ankunftszeit nach Tagen und Stunden[2]), oder mittels Extraposten. Für das Personentransportgeschäft enthält das H. G. B. keine Bestimmungen, sondern es sind hier lediglich die Vorschriften der Postanstalt[3]) bezw. subsidiär das allg. bürgerl. Recht[4]) maßgebend. Nach Art. 1 des Ges. v. 31. März 1865 R. G. Bl. Nr. 25 beschränkt sich das Regal der Post bei der Personenbeförderung darauf, daß auf Poststraßen d. i. solchen Straßen, auf denen Poststationen bestehen, wie auch auf anderen Straßen, welche zur Umfahrung der Poststationen benutzt werden können, Anstalten zur Beförderung von Reisenden mit Pferdewechsel an den von ihnen mitgebrachten Wägen (Extraposten) nicht errichtet oder unterhalten werden dürfen. Die Reglementsbestimmungen beziehen sich hier zumeist auf die Anmeldung und das rechtzeitige Erscheinen des Reisenden[5]), die Lösung des Fahrscheines[6]), die Ausschließung von der Beförderung[7]), und endlich die Haftung für das Reisegepäck[8]), sowie für körperliche Beschädigung der Reisenden.[9]) Mangels des Merkmales der Gewerbsmäßigkeit dieser Geschäfte der Post bezw. Mangels der Kaufmannseigenschaft der Postanstalt gehören diese Geschäfte nicht unter Art. 272 Z. 3 und 273.

---

1) Meili, Haftpflicht der Postanstalten S. 105 ff.; Schott in Endemann's Hdb. III. §§. 370, 371; Dambach, Postgesetz des Deutschen Reichs zu §. 16; Wanka, Das Postwesen in Oesterreich (1892) 3. Heft S. 32 ff. [a. a. O.

2) Vgl. Schott a. a. O.; Dambach

3) Gesetz v. 31. März 1865 R. G. Bl. Nr. 25 (früher §§. 17 u. 26 des Postgesetzes v. 5. Nov. 1837); Postordnung f. Reisende mit Extrapost v. 1. Dec. 1838 B. Bl. von 1838 I. Bd. Nr. 64; Unterricht über den Postbeförderungsdienst auf Straßen, Post- u. Tel. V. Bl. von 1884 S. 337 ff.; über Inhalt und gegenseitiges Verhältniß dieser Vorschriften s. Wanka a. a. O. — Deutsches Postgesetz §§. 16—25; deutsche Postordn. §§. 46—65.

4) §§. 1316, 1317 a. b. G. B.

5) Deutsche P. O. §. 51.

6) Deutsche P. O. §§. 48, 49.

7) Nach §. 47 der deutschen P. O. sind ausgeschlossen: gewisse Kranke, trunkene, unanständige, unreinliche Personen, Gefangene, Erblindete ohne Begleiter, Personen mit Hunden oder geladenen Schießwaffen.

8) §. 63 öster. Extrapostordn.; deutsches Postgesetz §§. 11, 12, 26; deutsche P. O. §§. 11, 12, 26, 51, 53, 57; deutsch-österreichischer Postvertrag Art. 3 Abs. 1; Meili; Haftpflicht der Postanstalten S. 112; Dambach zu §§. 11, 12, 26 Postgesetz; Kompe in Ztschr. f. deutsches Reich XVIII. S. 324 ff.; Linde, Haftverbindlichkeit der Postanstalt S. 80; Schott a. a. O. S. 580, 581; Wanka a. a. O. S. 40, 41.

9) Vgl. §. 11 Abs. 1 Z. 2 deutsches Postgesetz; Dambach zu §. 11 Anm. 3—9, 11; Müller, Ueber die recepti actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten S. 168 ff.; Kompe in Ztschr. f. deutsches Recht XVIII. S. 331; Meili, Haftpflicht der Post S. 105 ff.; Schott a. a. O. S. 579, 580.

§. 152.

6. Die Geschäfte der Telegraphie.[1])

In Oesterreich und Deutschland besorgt gegenwärtig die Postanstalt auch die Geschäfte der Telegraphenverwaltung.[2]) Nach dem A. h. Cabinetsschreiben vom 16. Jänner 1847 darf kein Privater ohne besondere Bewilligung seitens der Staatsverwaltung Telegraphen errichten. Doch kann eine Telegraphenanlage auch sowohl privatem, als öffentlichem Gebrauche dienen; so der Eisenbahntelegraph.[3]) Faßt man auch die Telegraphengeschäfte, als den Transport von Nachrichten vermittelnde Geschäfte auf, so fallen sie doch nicht unter die Transportgeschäfte der Postanstalten im Sinne des Art. 421 Abs. 2 H. G. B.[4]); denn nicht nur sind sie zur Zeit der Codification des H. G. B. in Deutschland und Oesterreich nicht Geschäfte der Postanstalt gewesen, sondern die bezüglichen Bestimmungen könnten auch in keiner Weise auf die eigenartigen Telegraphengeschäfte Anwendung finden; denn die Telegraphenanstalt erhält die zu befördernde Nachricht nicht als ein der Form und dem Inhalte nach fertiges Product, wie die Post den Brief, sondern die Telegraphenanstalt übernimmt es — dem Boten einer mündlichen Erklärung vergleichbar — in der durch ihre Manipulation sich ergebenden Form[5]) dem Destinatar den Inhalt der ihr zur Vermittelung übergebenen Nachricht zuzumitteln. Die telegraphische Nachrichtenvermittelung ist daher auch kein Handelsgeschäft[6]), sofern sie nicht im einzelnen Falle als kaufmännisches Handelsgeschäft im Sinne des Art. 273 Abs. 1 H. G. B. in Betracht kommt. Dieselben bedurften daher einer besonderen Regelung theils durch reglementarische Bestimmungen[7]), theils durch Verträge mit einzelnen Staaten[8]) und schließlich durch internationale Vereinbarungen einer größeren Anzahl von Telegraphenverwaltungen[9]) (zuerst 1865 in Paris, dann 1868 zu Wien, 1872 in Rom,

---

1) Literatur s. §. 146 Note 1 unter B.

2) Vgl. H. M. V. v. 14. Nov. 1881 Nr. 132 R. G. Bl., v. 24. Jänner 1882 Nr. 11 R. G. Bl., v. 16. Dec. 1883 Nr. 197 R. G. Bl. In Deutschland erfolgte die Verbindung (Combinirung) von Post u. Telegraphen zu einer einheitlichen Verwaltung zufolge V. O. v. 22. Dec. 1875 am 1. Jänner 1876. (Vgl. hiezu Laband, Deutsches Staatsrecht S. 352 ff.; Zorn, Staatsr. II. S. 10 ff.; v. Kirchenheim in v. Holtzendorff's Rechtslexikon IV. S. 865 ff.; Fischer in v. Holtzendorff's Jahrb. I. S. 438 ff.; Schott a. a. O. §. 372.)

3) Siehe Schott a. a. O. S. 588; deutsche T. O. §. 1 I.; Petersburger Vertrag Art. I, VIII.

4) Ung. H. G. §. 421; bosn. §. 434.

5) Einmalige Transformation durch den Aufnahmebeamten beim Hughes-Apparat, zweimalige und zwar durch den Aufnahmsbeamten und dann durch den Beamten der Bestimmungsstation bei den Morse- und Nadelapparaten.

6) Anders Gareis, H. R. §. 69.

7) Telegraphentarife u. Verordnungen in Oesterreich; Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reiches v. 6. April 1892 (vgl. hiezu Maaß, Das Gesetz über das Telegraphenwesen des D. R. erläutert; Fischer in Schmoller's Jahrb. der Gesetzgebung XVI. Heft 3 S. 1—44); Telegraphenordnung f. das Deutsche Reich v. 15. Juni 1891.

8) So mit Baden, Baiern, Deutschland, Niederlanden, Preußen, Rußland, Sachsen, Schweiz, Türkei.

9) Dem internation. Tel. Vertr. sind gegenwärtig alle europ. Staaten nebst ihren Colonien, Aegypten, Japan, Natal, Persien, Siam und die Mehrzahl der Privattelegraphengesellsch. beigetreten.

1875 in St. Petersburg, 1879 in London, 1885 in Berlin, zuletzt 1890 in Paris).

II. Die Post- und Telegraphenverwaltung ist verpflichtet, das ihr ordnungsmäßig d. i. zur rechten Zeit[10]), am rechten Orte[11]) und in vorschriftsmäßiger Form[12]) übergebene Telegramm, sofern sein Inhalt nicht ungesetzlich und nicht unerlaubt ist[13]), gegen Einhebung der Gebühren[14])

---

10) D. i. während der Dienststunden der betreff. Aufgabetelegraphenstation. — Es wird unterschieden zwischen Telegraphenstationen mit ununterbrochenem Dienste, d. i. Tag- und Nachtdienst, dann solchen mit vollem Tagesdienst (in Deutschland auch mit verlängertem Tagesdienst, d. i. bis Mitternacht) und mit beschränktem Tagesdienst (§. 17 Oestr. Tel. Tar., §. 3 Deutsche T. O. Art. IV, §. 5 Internat. Tel. Reglement nach der Pariser Revision).

11) D. i. bei einer Telegraphenanstalt. — Eine unmittelbare persönliche Uebergabe der Telegrammniederschrift ist nicht nothwendig, die Aufgabe kann auch brieflich, durch Telegraphenboten, Landbriefträger, durch Einwerfen in den Briefkasten, mittels Telephon geschehen (§.17 Oestr. Tel. Tarif; §. 7 der D. Tel. O.).

12) Die wesentlichen Erfordernisse eines Telegrammes sind: 1. Die schriftliche Form. (Bei telephonisch an die Aufgabestation übermittelten Telegrammen vertritt das Phonogramm die Niederschrift). 2. Es muß deutlich und verständlich in Zeichen geschrieben sein, die sich durch den Telegraphen wiedergeben lassen (Oestr. Tel. Tarif §. 6; D. Tel. O. §. 6 Z. I., II.; Int. Tel. Rgl. Art. X Z. 1, Art. XI) und darf keine sprachwidrigen Zusammenziehungen von Worten enthalten. Es kann in einer zulässig erklärten lebenden Sprache (offene Telegramme) oder in verabredeter Sprache, d. i. in Wörtern, welche zwar einer lebenden Sprache entnommen sind, aber keine verständlichen Sätze bilden (— Sie müssen entweder einem für die internationale Correspondenz zulässig erklärten oder einem vom internat. Bureau der Telegraphenverwaltungen aufgelegten officiellen Wörterbuche entnommen sein und der deutschen, englischen, spanischen, französischen, italienischen, portugiesischen oder auch der lateinischen Sprache angehören. —) und endlich in chiffrirter Sprache verfaßt sein, d. i. entweder in Ziffern oder in Buchstaben mit geheimer Bedeutung oder in Reihen oder Gruppen von Ziffern, deren Bedeutung der Aufgabeanstalt unbekannt ist, oder in Wörtern, Namen und Zusammenfügungen von Wörtern, welche die für die offene oder verabredete Sprache geforderten Bedingungen nicht erfüllen (vgl. Oestr. Tel. Tarif §. 13, 14; D. Tel. O. §. 5; Int. Tel. Regl. Art. VI, VII, VIII, IX). Seetelegramme (semaphorische Telegramme), d. h. Telegramme, welche mit den Schiffen in der See mittels der Seetelegraphie (Semaphoren) gewechselt werden, müssen entweder in der Sprache desjenigen Landes, wo die zu ihrer Weiterbeförderung berufene semaphorische Station gelegen ist (im Verkehre mit den österreich. semaph. Stationen Lagosta Faro, Lissa [Leuchtthurm], Porer, Punta d'Ostro und Salona nur in italienischer Sprache) oder in Zeichen des Handelscodex (Wörterbuch) abgefaßt sein (Oestr. Tel. Tarif §. 35; D. Tel. O. §. 19 Z. I.; Internat. Rgl. Art. LXIII Z. 1, 2). Die Telegramme in verabredeter und in chiffrirter Sprache werden unter dem Namen „geheime Telegramme" im Gegensatz zu den offenen Telegrammen zusammengefaßt. 3. Das Telegramm muß ordnungsmäßig adressirt sein. Gegen Entrichtung von Gebühren sind abgekürzte Telegrammadressen auf Ansuchen einer Partei bei Telegrammen an diese zulässig (Oestr. Tel. Tar. §. 35; D. Tel. O. §§. 6, 4, 19; Int. Rgl. Art. X. Z. 2, Art. XII, XLIII Z. 1).

13) Oestr. Tel. Tarif §. 2; D. Tel. O. §. 1; Petersburger Vertr. Art. VII; Int. Rgl. Art. XLII.

14) Die Telegrammgebühr besteht im internen östr. ung. Verkehre aus einer Worttaxe mit Taxminimum v. 30 kr. (§. 20 Oestr. Tel. O.); im internationalen Verkehre aus einer für das Wort festgesetzten Terminaltaxe, d. i. jener Gebühr, welche jedem Staate für die von seinen Telegraphenämtern herrührenden oder nach

zu übernehmen[15]), rechtzeitig weiterzuvermitteln[16]) und zu bestellen.[17]) Der Absender, der sich als solcher legitimirt, hat das Recht, das Telegramm

denselben bestimmten Correspondenzen zukommt, und einer Transitgebühr (Int. Rgl. Art. XVI, XVII, XX, XXI, XXII ff.); höhere Gebühr f. dringende Telegramme (Tel. Tar. §. 29; D. Tel. O. §. 10; Int. Rgl. Art. XLIX); wegen der Wortzählung s. Tel. Tar. §§. 21 u. ff.; D. Tel. O. §. 8. — Außerdem gibt es Gebühren für bezahlte Antwort (Tel. Tar. §. 30; D. Tel. O. §. 11; Int. Rgl. Art. L); für verglichene Telegramme (Tel. Tar. §. 31; D. Tel. O. §. 12; Int. Rgl. Art. LIII); für Empfangsbestätigungen (Tel. Tar. §. 32; D. Tel. O. §. 13; Int. Rgl. Art. LIV, LV); für die Nachsendung von Telegrammen (Tel. Tar. §. 33; D. Tel. O. §. 15; Int. Rgl. Art. LVI ff.); für Seetelegramme (Tel. Tar. §. 35; D. Tel. O. §. 17; Int. Rgl. Art. LXII f.); für Unterdrückung von Telegrammen (Tel. Tar. §. 37; D. Tel. O. §. 20; Int. Rgl. Art. XVIII); für Berichtigungstelegramme (Tel. Tar. §. 37; D. Tel. O. §. 24; Int. Rgl. Art. XVIII); ferner Zuschlagsgebühren für die Mitnahme der Telegramme durch Telegraphenboten und Landbriefträger (Tel. Tar. §. 18 „Botenlohn"; vgl. Deutsche Tel. Ordnung §. 7; für die Aufgabe von Telegrammen bei Eisenbahnstationen (Deutsche Tel. Odg. §. 9); dann Bestellgebühren bei Eisenbahntelegraphenstationen (D. Tel. O. §. 9); Vervielfältigungsgebühren (Tel. Tar. §. 34; D. Tel. O. §. 16); Weiterbeförderungsgebühren (Tel. Tar. §. 26; D. T. O. §. 17); Bescheinigungsgebühren (D. T. O. §. 18); Stundungsgebühren (D. T. O. §. 18); Gebühren für Unbestellbarkeitsmeldung (D. T. O. §. 23); f. Copien (Tel. Tar. §§. 46, 47; D. Tel. O. §. 27); Eilbotengebühren (Tel. Tar. §. 18; D. Tel. O. §. 17).

15) Die Annahme ist zu verweigern, wenn der Inhalt des Telegramms gegen die Gesetze verstößt oder aus Rücksichten des öffentlichen Wohles oder der Sittlichkeit für unzulässig erachtet wird (Tel. Tar. §. 2; D. Tel. O. §. 1). Entscheidung hierüber steht dem Vorstande der Aufgabestation oder dessen Stellvertreter, in zweiter Instanz der Post- u. Tel. Direction (in Deutschland der Oberpostdirection) und in letzter Instanz dem Handelsministerium (in Deutschland dem Reichs-Postamte) zu. Bei Staatstelegrammen steht den Aemtern eine solche Prüfung des Inhaltes nicht zu (Tel. Tar. §. 2; D. T. O. §. 1). Auch kann die Telegraphenverwaltung ihre Linien oder Telegraphenanstalten zeitweise ganz oder zum Theile für alle oder gewisse Gattungen von Correspondenz schließen (Tel. Tar. §. 1; D. T. O. §. 1).

16) Staatstelegramme haben vor allen übrigen Telegrammen, Telegraphendiensttelegramme vor Privattelegrammen, dringende Privattelegramme vor gewöhnlichen den Vorzug (Tel. Tar. §. 17; D. Eisenbahntelegr. Reglement §. 4; D. T. O. §§. 5, 10; Int. Rgl. Art. V).

17) Die Bestellung hat möglichst schleunigst zu erfolgen, und zwar haben auch hier Staatsdienst- und dringende Privattelegramme den Vorzug vor anderen Telegrammen (Tel. Tar. §. 17; D. Tel. O. §§. 21, 22; Petersb. Vertr. Art. V; Int. Rgl. Art. XLIII. Z. 2, 3; sie muß am richtigen Orte, d. i. in der Wohnung des Adressaten, oder an die vom Adressaten bezeichnete Adresse geschehen (Tel. Tar. §. 42; D. T. O. §§. 21, 22; Int. Rgl. Art. XLIII Z. 4, 5; Art. LIII), u. z. an den Adressaten oder dessen legitimirten Vertreter (Familienmitglieder ꝛc.) geschehen, persönlich an den Adressaten aber nur, wenn die Telegramme die Bezeichnung „eigenhändig" tragen (Tel. Tar. §. 42; D. T. O. §. 22 Z. IV, V; Internat. Rgl. Art. XLIV Z. 2). — Wegen Bestellung von Telegrammen an Reisende in Gasthöfen s. Deutsche Tel. Odg. §. 22 Z. VI. — Für den Cridatar ist auf Anordnung des Concursgerichtes der Concursverwalter zum Empfange legitimirt (Conc. Ordg. §. 89; D. Conc. O. §. 111). Von der Unbestellbarkeit eines Telegrammes ist die Aufgabestation telegraphisch zu verständigen; sie sind so wie telegraphenamts-, post- od. bahnhoflagernde Telegramme sechs Wochen aufzubewahren und dann zu vernichten (Tel. Tar. §. 42; D. T. O. §. 22 Z. VII, §. 25, §. 11 Z. V, §. 13 Z. III, §. 19 Z. III; Int. Rgl. Art. XLIV Z. 3—9,

vor der Weiterbeförderung bezw. vor der Bestellung durch ein zweites an die Bestimmungsstation mit dem Auftrage, das erste Telegramm nicht zu bestellen, zu unterdrücken[18]); er hat ferner das Recht die Antwort, welche er vom Empfänger verlangt, vorauszubezahlen[19]) oder eine Empfangsanzeige über die Zeit der Zustellung des Telegrammes zu verlangen[20]), und kann sich endlich durch erhöhte Gebühr die Beschleunigung der Bestellung („dringende Telegramme")[21]) oder die Richtigkeit des Wortlautes des Telegrammes (sog. collationirte oder verglichene Telegramme)[22]) sichern. Die Telegraphenanstalt aber übernimmt keinerlei Haftung für die richtige Uebermittelung des Telegrammes, und erstattet nur ausnahmsweise die eingehobenen Gebühren zurück, nämlich nur wenn ein Telegramm durch Schuld des Telegraphenbetriebes gar nicht oder mit bedeutender Verzögerung in die Hände des Adressaten gelangt ist[23]), und wenn ein verglichenes Telegramm infolge Verstümmelung erweislich seinen Zweck nicht hat erfüllen können.[24]) Dieses Gebührenrückforderungsrecht ist jedoch kein Schadenersatzanspruch des Absenders, sondern eine condictio causa data, causa non secuta.[25]) Die diesbezüglichen Reclamationen müssen mit der entsprechenden reglementmäßigen Nachweisung versehen[26]) und innerhalb zwei Monaten vom Tage der Gebührenerhebung an gerechnet geltend gemacht werden.[27]) Behufs Ergänzung oder Berichtigung eines beförderten oder in der Beförderung begriffenen Telegrammes können der Absender und der Adressat untereinander oder einer der beiden mit der Telegraphenanstalt Telegramme wechseln. Dies sind die sog. Berichtigungstelegramme[28]), und gelten als für den Absender gebührenpflichtige Privattelegramme.[29]) Nur wenn das Berichtigungstelegramm durch einen der Umstände veranlaßt wird, welche nach Obigem ein Gebührenrückforderungsrecht begründen, so werden diese Gebühren zurückerstattet.[30])

Art. LIX Z. 3, 4). — Bestritten ist, ob dem Adressaten ein selbständiger Anspruch auf Auslieferung des Telegrammes zusteht. Dies Recht wird bejaht von Höpfner im Arch. f. civ. Praxis XXXVI. S. 119, der wirkliche Cession annimmt, von Meili, Tel. R. S. 41, 42; von Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XIII. S. 351 („fingirte Cession"); von Reuling ebenda XVIII. S. 295, 296 („Vertrag zu Gunsten Dritter"); Schott auf Grund seiner Theorie von der gesetzlichen Obligation (in Endemann's Hdb. III. §. 373 S. 599). — Wegen Nichthaftung der Telegraphenanstalten für richtige und rechtzeitige Zustellung s. Text unter II.).

18) Tel. Tar. §. 19; D. T. O. §. 20; Int. Rgl. XLI. Z. 3.

19) Tel. Tar. §. 30; D. T. O. §. 11; Internat. Rgl. Art. XLVI—XLVIII; Ludewig, Die Telegraphie S. 128—131.

20) Tel. Tar. §. 32; D. Tel. O. §§. 13, 21 Z. II, 22 Z. VIII; Int. Rgl. Art. L, LI.

21) Tel. Tar. §. 29; D. Tel. O. §. 10; s. oben Note 16 u. 17.

22) Tel. Tar. §. 31; D. Tel. O. §. 12; Int. Rgl. Art. LIII.

23) Tel. Tar. §. 44; D. Tel. O. §. 23; Int. Rgl. Art. LXV Z. 1 lit. a.

24) Tel. Tar. §. 44; D. Tel. O. §. 23; Int. Rgl. Art. LXV Z. 1 lit. b.

25) Reyscher, Telegr. R. S. 306; Schott a. a. O. S. 601; Anderer Meinung Ludewig, Telegraphie S. 93 f.

26) Tel. Tar. §. 45; D. Tel. O. §. 23; Int. Rgl. LXVI Z. 2—6, LXVII Z. 2.

27) Tel. Tar. §. 45; D. Tel. O. §. 23; Int. Rgl. Art. LXVI Z. 1.

28) Tel. Tar. §. 37; D. Tel. O. §. 24.

29) Tel. Tar. §. 37; D. Tel. O. §. 24.

30) Daher bei nicht verglichenen Telegrammen nur die Gebühr für das Berichtigungstelegramm, bei verglichenen auch jene für das Ursprungstelegramm (Tel. Tar. §§. 37, 44; D. Tel. O. §. 24).

Zwischen dem Adressaten und der Telegraphenanstalt entsteht kein Rechtsverhältniß.[31])

Ueber den Vertragsabschluß auf telegraphischem Wege war bereits oben (§. 109) die Rede.

§. 153.

7. Die Geschäfte der Telephonie.[1])

Die Rechtsverhältnisse beim Telephonverkehr gestalten sich verschieden, je nachdem die Benutzung des Telephons durch Vermittelung der Post- und Telegraphenbeamten, oder durch das Publikum selbst erfolgt. In ersterem Falle unterliegt die Benutzung des Fernsprechers im Allgemeinen denselben Regeln wie die Benutzung des Telegraphen; in letzterem Falle gelten besondere Vorschriften. Bis zum Jahre 1887 war in Oesterreich kein staatliches Telephon, obgleich für Telephonleitungen ein gleicher Staatsvorbehalt galt, wie für Telegraphenleitungen[2]); Anlage und Betrieb von Telephonleitungen wurde an Privatunternehmungen concessionirt. Mit der Verordnung des k. k. Handelsministeriums vom 7. October 1887, Z. 28329, betr. die Herstellung und Benutzung von Telephonanlagen im Anschlusse an den Staatstelegraphen (Post- u. Tel. V. Bl. Nr. 85 von 1887, R. G. Bl. Nr. 116), trat ein vollständiger Umschwung in dem Verhalten der Staatsverwaltung ein. In dieser Verordnung wurde das Princip der Errichtung von Telephonanlagen im Staatsbetriebe zum Ausdrucke gebracht, und zwar „auf einer so breiten und umfassenden Grundlage, daß das Telephon als staatliches Verkehrsmittel nicht bloß in Wechselwirkung zum Staatstelegraphen zur Geltung gelangt, sondern auch als Mittel zum telephonischen Sprechen zwischen den einzelnen Theilnehmern des Telephonnetzes dient und an den öffentlichen Sprechstellen von Jedermann zur Correspondenz sowohl innerhalb des betreffenden Telephonnetzes, als auch auf interurbanen Telephonlinien benutzt werden kann".[3]) Die Telephonanlagen sind sohin entweder Telegraphenlinien mit Fernsprechern, oder Stadttelephonnetze oder interurbane Telephone. Ihr jeweiliger Zweck ist aus dem Namen ersichtlich. Die Telephonstationen sind entweder k. k. Telephonstellen (öffentliche Telephonstellen) oder Abonnentenstationen. Für den Dienst an beiden Arten von Stationen wurden mit H. M. E. v. 30. October 1888 provisorische Instructionen erlassen, und gleichzeitig wurde die Abrechnung zwischen einer Telephon-Centrale und den angeschlossenen Abonnentenstationen durch eine provisorische Instruction geregelt. Die öffentlichen Telephonstellen können von Jedermann benutzt werden, und zwar sowohl zum telephonischen Sprechen mit Theilnehmern des betreffenden Telephonnetzes, als auch mit der Centrale selbst und auf interurbanen Linien, sowie zur schriftlichen Aufgabe von Telegrammen und Phonogrammen (§. 1 D. J. f.

31) Gareis, H. R. §. 69; anderer Ansicht Meili, Telegraphenrecht S. 32.

1) Literatur s. in Note 1 unter B bei §. 146.

2) Anders Ulbrich, Lehrb. des östr. Staatsrechts (1888) S. 618.

3) Prager Verträge über den Post-Administrativdienst III.

k. k. Telephonstellen). Die Abonnentenstationen werden zum Verkehre der Abonnenten untereinander und der Centrale benutzt. Auch können die an die Centralen einer interurbanen Leitung anschließenden Abonnenten und Correspondenten der öffentlichen Stellen verschiedener Orte untereinander telephonisch verkehren (§. 13 D. J. f. Abonnentenstat.). Der Vertrag zwischen dem Abonnenten und der Staatsverwaltung ist eine locatio conductio rei et operarum.[4]) Der Abonnent hat das Pauschale für die hiefür auflaufenden Gebühren zu leisten. Die Herstellung und Instandhaltung der Leitungen obliegt dem Staate, jedoch haftet der Theilnehmer für vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigung. Dasselbe Rechtsverhältniß besteht zwischen dem Correspondenten und der Telephonanstalt bei k. k. öffentlichen Telephonstellen. Die bei Benutzung des öffentlichen Telephones vorgeschriebene Lösung der Sprechkarte (Telephonscheines) bildet nur einen Bestandtheil des ganzen Telephonbenutzungsgeschäftes, erscheint mit diesem zusammen als Miethe, wobei die Taxe den Preis der Miethe bildet, und darf nicht getrennt von dem Telephonbenutzungsgeschäfte classificirt werden.[5])

Zwischen dem Benützer eines Privattelephones und dem Besitzer desselben besteht ein precarium, sowie zwischen diesem und der Staatsverwaltung.[6])

Auch die Benutzung des Telephones erscheint nicht als Handelsgeschäft, außer sie käme im einzelnen Falle als kaufmännisches Hilfsgeschäft im Sinne des Art. 273 Abs. 1 H. G. B. in Betracht.[7])

Ueber den telephonischen Abschluß von Verträgen und dessen Beurtheilung war bereits oben in anderem Zusammenhange die Rede (§. 109).

§. 154.

4. Das Commissionsgeschäft.[1])

1. Begriff, rechtliche Natur und Abschluß des Commissionsgeschäftes.

I. Nach Art. 360 H. G. B. ist Commissionär, wer gewerbsmäßig in eigenem Namen für Rechnung eines Anderen (des Auftrag-

---

4) Meili, Telegraphenrecht S. 185 ff.; Schott in Endemann's Hdb. III. §. 375 nimmt eine nach Analogie der locatio conductio rei et operarum zu behandelnde gesetzliche Obligation an.

5) Anders Schott a. a. O. S. 614, der die Lösung des Telegraphenscheines als Kauf auffaßt (s. dagegen Meili a. a. O. S. 190).

6) Vgl. Meili a. a. O. S. 181 u. ff.

7) Es gilt hier dasselbe wie bei Benutzung des Telegraphen (s. oben §. 152).

1) Ausführliche Literaturangaben siehe bei Grünhut, Das Recht des Commissionshandels (1879) S. 30 u. ff.; außer Grünhut a. a. O. und den dort citirten und außer den Commentaren und Handbüchern des H. R. vgl. noch Grünhut in Endemann's Hdb. III. §§. 312—330; v. Hahn in Zeitschr. f. H. R. XXIX. S. 1 u. ff.; Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Commissionärs (1883); Voigt, Die Haftbarkeit des Einkaufscommissionärs für die Bestellungsfähigkeit der dem Committenten übersandten Waare begründet durch das Handelsgewohnheitsrecht und die Analogie des Art. 347 H. G. B. (1884); S. Jacoby, Das Recht der Bank- u. Waarencommission nach dem allg. D. H. G. B. (1891). — Geschichtliches: Lepa in Ztschr. f. H. R. XXVI. S. 438 ff.; Grünhut, Das Recht des Commissionshandels S. 1

gebers, Committenten) Handelsgeschäfte abschließt[2]); Commissionsgeschäft im Sinne des Handelsgesetzbuches ist daher der gewerbsmäßige Abschluß von Handelsgeschäften im eigenen Namen für fremde Rechnung. Der Auftraggeber heißt Committent, der Beauftragte Commissionär, der Auftrag selbst Commission.[3]) Unter Commissionsgeschäft wird sowohl im H. G. B. als auch in der Sprache der Kaufleute ein Doppeltes verstanden[4]): entweder der Vertrag zwischen dem Committenten und dem Commissionär, durch welchen Letzterer sich im Betriebe seines Handelsgewerbes verpflichtet, ein Handelsgeschäft im eigenen Namen für fremde Rechnung abzuschließen[5]), oder auch der Vertrag, welchen der Commissionär im eigenen Namen für fremde Rechnung mit Dritten abschließt.[6]) Da das Eigenthümliche des in Rede stehenden Rechtsinstitutes „nicht in der zur Ausführung des Auftrages erfolgenden Geschäftsabschließung, sondern gerade in der Uebernahme einer gewissen Art von Aufträgen besteht“[7]), so kann wohl im H. G. B. überall, wo sich nicht das Gegentheil ausdrücklich ergibt, das Wort „Commissionsgeschäft“ als in ersterem Sinne gebraucht angesehen werden, so in Art. 374 Abs. 1, 378 Abs. 2, und wohl auch in der Ueberschrift zum 3. Titel des 4. Buches des H. G. B.[8]) Nur in Art. 374 Abs. 2 dürfte das Wort Commissionsgeschäft in letzterem Sinne gebraucht sein, denn die dort erwähnten „durch das Commissionsgeschäft begründeten ..... Forderungen“, aus welchen dem Commissionär für die auf das Commissionsgut verwendeten Kosten, für die rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse, Darlehen u. s. w. ein vorzugsweises gesetzliches Befriedigungsrecht vor dem Committenten und dessen Gläubigern zusteht, können nur durch das Geschäft begründet werden, welches der Committent mit dem Dritten abschließt.[9])

Seinem juristischen Wesen nach ist das Commissionsgeschäft ein mandatähnliches Rechtsgeschäft[10]), von dem es sich aber nicht nur durch die eigenartige Haftung des Commissionärs, sondern insbesondere auch da-

---

u. ff.; und in Endemann's Hdb. III. §. 312; Lewin, Ueber das Commissionsgeschäft im Hansagebiete (Berliner Diss. 1887); Goldschmidt, Universalgesch. des H. R. I. S. 21, 78, 259, 331; vgl. auch Pappenheim in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 440 ff. — H. G. B. Art. 360 bis 378; ung. H. G. §§. 368—383; bosn. H. G. §§. 381—396.

2) Vgl. ung. H. G. §. 368; bosn. §. 381.

3) In der Sprache der Kaufleute wird unter „Commission“ auch der Auftrag zu einem Handelsgeschäfte überhaupt verstanden, auch wenn dasselbe im Namen des Auftraggebers abgeschlossen wird, oder auch der bloße Antrag des Mandanten zur Ertheilung eines handelsrechtlichen Mandates, oder gar die dem Commissionär für seine Thätigkeit gebührende Vergütung (siehe Lepa, Selbsteintritt des Commissionärs S. 5 u. auch Note 15).

4) Vgl. hiezu Lepa a. a. O. S. 5 f.

5) So insbesondere Goldschmidt, Hdb. des H. R. I. §. 47 Note 8a, S. 547; v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 360; Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 434; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. S. 36; Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 40, 41; und in Endemann's Hdb. III. §. 313.

6) So Gad, H. R. §. 128; Harder, Handelsrechtliche Abhandlungen (1870); Staub, Comm. §. 1 zu Art. 360.

7) Lepa, Selbsteintritt &c. S. 5.

8) Vgl. Lepa a. a. O. S. 5.

9) Vgl. Lepa a. a. O. S. 5.

10) Grünhut, Commissionshandel S. 48.

durch unterscheidet, daß der Commissionär im eigenen Namen, der Mandatar aber im Namen des Auftraggebers handelt.[11]) Der Commissionär ist nicht juristischer Stellvertreter des Committenten, sondern er handelt in eigenem Namen; er ist daher auch nicht Agent; er ist aber auch nicht Mäkler, denn er vermittelt nicht bloß zwischen dem Committenten und dem Dritten, sondern er contrahirt selbst[12]), wenn auch für fremde Rechnung. Das Commissionsgeschäft wird zumeist — aber nicht begrifflich nothwendig[13]) — gegen Entgelt, d. i. gegen Provisionsanspruch seitens des Commissionärs abgeschlossen.

II. Das H. G. B. enthält eine ganze Reihe von Bestimmungen über das Commissionsgeschäft (Art. 361—377).[14]) Diese finden jedoch nur auf das gewerbsmäßig betriebene Commissionsgeschäft (Art. 272 Abs. 1 Z. 3, Art. 360 Abs. 1) und auf vereinzelt von einem Kaufmanne, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Commissionsgeschäften besteht, im Betriebe seines Handelsgewerbes unternommene Commissionsgeschäfte (Art. 272 Abs. 2 und Art. 378) Anwendung.[15])

III. Das Geschäft, welches der Commissionär im eigenen Namen für fremde Rechnung abschließt, muß ein Handelsgeschäft sein, d. h. es muß so wie es vom Commissionär abgeschlossen wird, seinerseits ein Handelsgeschäft sein[16]), gleichviel ob es ein absolutes oder ein subjectives oder ein accessorisches Handelsgeschäft ist.[17]) Darauf aber, ob es auf Seiten des anderen Contrahenten Handelsgeschäft ist, kommt es nicht an.[18]) Je nach der Art des Handelsgeschäftes, welches

---

11) Vgl. Erk. des östr. Obst. G. H. in Sammlung von Adler-Clemens VI. Nr. 1073. — Hienach bestimmt auch Abs. 3 des Art. 360 H. G. B., daß, wenn der Auftraggeber ausdrücklich anordnet, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, keine kaufmännische Commission, sondern ein gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäft vorliegt. — Ebenso Abs. 3 des §. 368 ung. und §. 381 bosn. H. G. — Vgl. Erk. des östr. Obst. G. H. bei Adler-Clemens I. Nr. 83, II. Nr. 243, IV. Nr. 662, VII. Nr. 1219. — Rücksichtlich des Unterschiedes vom Börsendifferenzgeschäft s. dieselbe Sammlung III. Nr. 351, 358, 367, 448; IV. Nr. 534, 594, 601, 700, 721; VII. Nr. 1286; — und wegen des Unterschiedes vom Kaufvertrag ebda. IV. Nr. 666, VII. Nr. 1128. 1189.

12) Ueber die Unterscheidung des Commissionärs vom Mäkler, Agenten und Handlungsbevollmächtigten s. insbesondere Grünhut, Commissionshandel §. 6.

13) v. Hahn, Comm. §. 3. zu Art. 360; siehe dagegen Grünhut, Commissionshandel S. 43 ff., und in Endemann's Hdb. III. §. 313.

14) Ung. H. G. §§. 369—382; bosn. §§. 382—395.

15) Dasselbe gilt nach ung. (§§. 368 und 383) und nach bosn. H G. (§§. 383 und 396).

16) Diese Auffassung entspricht dem Wortlaute des Art. 360. Siehe v. Hahn, Comm. II. §. 10 zu Art. 360; Staub, Comm. §. 2 zu Art. 360; Cosack, H. R. 1. Aufl. S. 166. — Anders Goldschmidt, H. R. §. 54 Note 3, 4; Puchelt, Comm. II. Nr. 8 zu Art 360; Grünhut, Commissionshandel §. 5; und in Endemann's Hdb. §. 313, welche annehmen, daß das Geschäft ein solches sein müsse, das, wenn der Committent es selbst abschließen würde, Handelsgeschäft wäre.

17) v. Hahn a. a. O.; Staub a. a. O.

18) v. Hahn a. a. O. Note 21; Grünhut, Commissionshandel §. 5 und bei Endemann §. 313; Cosack, H. R. 1. Aufl. S. 166. — Anders Lepa, Selbsteintritt 18, 31; Cosack, H. R.

der Committent abschließt, werden unterschieden: Incasso-, Zahlungs-, Credit-, Einkaufs-, Verkaufs-, Transportcommission, welche letztere jedoch vom Gesetz unter dem Namen Spedition besonders behandelt wird (Art. 379 bis 389)[19]), Wechselgeschäftscommission u. s. w.[20]) Das Gesetz stellt neben den allgemeinen Vorschriften über die Commission — abgesehen von der Spedition — nur für die Einkaufs- und Verkaufscommission Sonderbestimmungen auf, von welchen unten die Rede sein wird.

IV. Der **Abschluß** des Commissionsgeschäftes geschieht formlos[21]) (Art. 317)[22]), durch Offerte und Annahme derselben; und es haben diesbezüglich auch hier die allgemeinen Grundsätze über den Abschluß von Verträgen bezw. von Handelsgeschäften Anwendung zu finden[23]) (s. oben §. 109). Aus der Natur des in der Commissionsofferte liegenden mandatähnlichen Auftrages und aus dem Umstande, daß der Committent nach Art. 377 H. G. B. selbst den vom Commissionär bereits angenommenen Auftrag widerrufen darf, ergibt sich, daß der Committent rücksichtlich der in seinem Auftrage liegenden Vertragsofferte an die Wartefrist des Art. 319 nicht gebunden ist.[24]) Er kann vielmehr, wie jeder Mandatar, seinen Auftrag jederzeit widerrufen, und zwar selbst dann, wenn ein Commissionsverhältniß auf bestimmte Zeit begründet worden wäre.[25]) Ein Widerruf hat jedoch nur dann Geltung, wenn die Commission noch nicht ausgeführt worden ist.[26]) Im Falle der Verabredung eines Commissionsverhältnisses auf bestimmte Zeit, oder falls mit der Ausführung des Auftrages bereits begonnen worden ist, macht der Widerruf den Committenten schadenersatzpflichtig, namentlich für die in Ausführung des Commissionsauftrages gemachten Aufwendungen.[27]) Die Annahme der Commissionsofferte durch den Commissionär kann wie die Annahme eines Vertrages überhaupt ausdrücklich oder wohl auch durch concludente Handlungen, d. i. auch durch sofortige Ausführung, geschehen.[28]) Es ist im einzelnen Falle zu prüfen, ob dem Commissionär eine Pflicht zur Antwort in Worten oblag, durch deren Unterlassung oder Verzögerung er dem Committenten schadenersatzpflichtig wird. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung gilt das Schweigen des Commissionärs als Annahme, wenn er Kaufmann ist, und zwischen ihm und dem Committenten eine Geschäftsverbindung besteht, oder wenn er sich Letzterem zur

2. Aufl. S. 180, 181. (Vgl. **Goldschmidt** in Ztschr. f. H. R. XXVI. S. 320).

19) Ebenso ung. H. G. §§. 384—392 und bosn. H. G. §§. 397—405.

20) Ueberseeische Verkaufscommissionen werden Consignationen (R. O. H. G. VIII. S. 121) und Commissionsverträge, in welchen sich Seeleute verpflichten, die in ihren Koffern mitgenommene Waare für Rechnung des Auftraggebers zu verkaufen, werden Pacotilleverträge genannt. (**Grünhut**, Commissionshandel S. 47 [Note 13).

21) S. oben §. 110.

22) Ung. H. G. §. 311; bosn. §. 328.

23) v. **Hahn** §. 7 zu Art. 360; **Grünhut**, Commissionshandel §. 9; und in **Endemann's** Hdb. III. §. 314.

24) **Grünhut** in **Endemann's** Hdb. III. §. 314 (S. 170).

25) R. O. H. G. VII. S. 381.

26) R. O. H. G. V. S. 280.

27) R. O. H. G. VII. S. 381 f.; XX. S. 322 ff.

28) v. **Hahn**, Comm. II. Art. 360, Note 13; s. dagegen **Grünhut**, Commissionshandel S. 80 ff.; in **Endemann's** Hdb. III. §. 314 S. 170 ff.

Ausrichtung von Commissionsaufträgen erboten hat (Art. 323 Abs. 1).[29]) Diesfalls ist der Commissionär im Falle der Nichtannahme zu unverzüglicher Antwort verpflichtet. Der Commissionär hat diesfalls für die Aufbewahrung der etwa mit der Commissionsofferte ihm zugemittelten Waaren oder anderer Gegenstände auf Kosten des Committenten, soweit er für dieselben gedeckt ist, zu sorgen und sie, soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren (Art. 323 Abs. 2).[30]) Unterläßt es der so benachrichtigte Committent, irgendwelche Dispositionen zu treffen, so kann der Commissionär beim Handelsgerichte bzw. beim competenten Gerichte die Niederlegung der Waare in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten beantragen (Art. 323 Abs. 3)[31]) oder selbe öffentlich, oder wenn sie einen Markt- oder Börsepreis hat, auch nichtöffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise verkaufen (vgl. Art. 366 und 343).[32]) Als Ort des Abschlusses des Commissionsvertrages gilt der Ort der Absendung des Commissionsauftrages[33]) (Art. 321)[34]), und dieser Ort ist in der Regel auch der Erfüllungsort[35]) (Art. 324, 370).[36]) Der Abschluß- bezw. Erfüllungsort der vom Commissionär infolge des Auftrages für Rechnung des Committenten mit Dritten abzuschließenden Geschäfte ist selbständig zu ermitteln, und kann mit dem Abschluß- und Erfüllungsorte des Commissionsvertrages zusammenfallen oder ein von diesem verschiedener sein.[37]) Auch ist zu untersuchen, ob der Commissionär das ihm aufgetragene Geschäft an dem im Sinne des Auftrages richtigen Orte abgeschlossen und erfüllt hat; „denn nur unter dieser Voraussetzung darf man billigerweise annehmen, daß sich der Committent dem Rechte bezw. den Handelsgebräuchen des Ortes des Geschäftes (Art. 369 H. G. B.) unterwerfen wollte“.[38])

§. 155.

2. Wirkungen des Commissionsvertrages.

A. Verhältniß des Commissionärs zum Committenten.

a. Pflichten des Commissionärs.

α. Im Allgemeinen.[1])

I. Die Wirkungen des Commissionsgeschäftes äußern sich in dem hieraus entspringenden Verhältnisse des Commissionärs zum Committenten,

29) Ung. H. G. §. 320 Abs. 1; bosn. §. 336 Abs. 1.

30) Ung. H. G. §. 320 Abs. 2; bosn. §. 336 Abs. 2.

31) Ung. H. G. §. 320 Abs. 3; bosn. §. 336 Abs. 3.

32) Ung. H. G. §§. 372, 351; bosn. §§. 385, 369.

33) Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 314 S. 176.

34) Ung. H. G. §. 318; bosn. §. 334.

35) Grünhut, Commissionshandel §. 12; in Endemann's Hdb. III. §. 314 S. 176. [§§. 338, 389.

36) Ung. H. G. §§. 322, 376; bosn.

37) Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 314 S. 176.

38) Grünhut in Endemann's Hdb. §. 314 S. 176.

1) Vgl. hiezu Grünhut, Recht des Commissionshandels §. 14; und in Endemann's Hdb. III. §. 315.

und des Commissionärs zum Dritten, mit dem er das aufgetragene Geschäft abschließt. Zwischen dem Committenten aber und dem Dritten entsteht ein unmittelbares Rechtsverhältniß nicht (s. unten §. 162).

II. Das Verhältniß des Commissionärs zum Committenten, d. i. die Pflichten und Rechte des Commissionärs gegenüber dem Committenten ergeben sich aus dem Wesen und Inhalte des Commissionsvertrages. Indem der Commissionär in diesem den bestimmten Auftrag erhält und annimmt, im eigenen Namen für Rechnung des Committenten ein Handelsgeschäft abzuschließen, verpflichtet er sich zur gehörigen Ausführung des aufgetragenen Geschäftes. Er muß daher Alles thun oder unterlassen, was er, wenn er für eigene Rechnung handeln würde, durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet, gethan oder unterlassen hätte; er ist ferner verpflichtet, dem Committenten Rechnung zu legen und ihm Alles zu leisten, was er aus dem Geschäfte zu fordern hat.[2]) Die dem Commissionär aus dem Commissionsvertrage erwachsenden Pflichten lassen sich daher in drei Hauptgruppen zusammenfassen: 1. In die Pflicht zur gehörigen Ausführung des Auftrages bezw. zur Vergütung des dem Committenten durch die Nichtausführung oder die nicht gehörige Ausführung des Geschäftes zugefügten Schadens; 2. in die Pflicht zur Rechenschaftsablegung über das für Rechnung des Committenten ausgeführte Geschäft und 3. in die Pflicht zur Herausgabe dessen, was er auf Grund des Auftrages für Rechnung des Committenten empfangen hat[3]) (Art 361).[4])

§. 156.

β. Von der Pflicht der Ausführung des Auftrages insbesondere.[1])

I. Die Ausführung des Auftrages durch den Commissionär muß im Sinne und nach dem Willen des Committenten[2]) erfolgen. Im Falle unklarer Auftragsertheilung muß sich der Commissionär, ehe er an die Ausführung des Auftrages geht, Aufklärung oder Ordre vom Committenten erbitten und deren Eintreffen erwarten. Bei theilweiser Unklarheit und Zweideutigkeit des Auftrages[3]) kommt es auf die Lage des einzelnen Falles an, ob der Commissionär berechtigt und verpflichtet ist, den klaren und unzweideutigen Theil des Auftrages auszuführen, rücksichtlich des anderen Theiles jedoch die Aufklärung des Committenten einzuholen. Es ist diesfalls vor Allem zu prüfen, ob auch eine theilweise Ausführung des Auftrages dem Willen des Committenten entspricht, sowie

---

2) Grünhut im cit. Handb. §. 315 S. 177.

3) Grünhut a. a. O. §. 315 S. 177.

4) Ung. H. G. §. 369; bosn. §. 382.

1) Grünhut, Recht des Commissionshandels §§. 15—28; in Endemann's Hdb. III. §§. 315, 316. — H. G. B. Art. 361, 362, 365, 366, 367, 369 Abs. 1, 370; vgl. ung. H. G. §§. 369, 371, 372, 373, 375 Abs. 1, 376; bosn. H. G. §§. 382, 384, 385, 386, 388 Abs. 1, 389.

2) Das Gesetz sagt „gemäß dem Auftrage". Der Auftrag ist eben die Willenserklärung des Committenten. Enger ist die Bedeutung der Worte „gemäß dem übernommenen Auftrage" in Art. 362; s. hierüber Text vor Note 4.

3) Vgl. hiezu Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 315 (S. 178).

auch ob der an sich klare und unzweideutige Theil des Auftrages nicht etwa durch den unklaren Theil bedingt ist, so daß sein Sinn durch Auslegung des Letzteren etwa geändert werden könnte. Handelt der Commissionär gegen den übernommenen Auftrag (auftragswidrig d. i. gegen den Inhalt des Auftrages und des in demselben zu Tage getretenen Willens des Committenten und gegen dessen Anweisungen), so braucht der Committent das Geschäft nicht als für seine Rechnung abgeschlossen gelten zu lassen, und der Commissionär haftet noch außerdem für den dem Committenten hieraus entstandenen Schaden (Art. 362)[4]), und kann sich auch nicht damit entschuldigen, daß er im guten Glauben war, zum Vortheile des Committenten zu handeln.[5]) Jedoch ist der Anspruch des Committenten auf Schadenersatz nur dann begründet, wenn der Commissionär die Möglichkeit hatte, die Commission, sowie sie ertheilt war, zu erfüllen.[6]) Auch muß der dem Committenten erwachsene Nachtheil thatsächlich als Folge der vom Commissionär verschuldeten Nichtausführung oder auftragswidrigen Ausführung sein und als solche vom Richter erkannt und bestimmt und sicher festgestellt sein.[7]) Durch die ausdrückliche oder stillschweigende Billigung der auftragswidrigen Ausführung bezw. durch Erbieten des Commissionärs das Zuwenig oder Zuviel zu ersetzen, geht der Committent seines Schadenersatzanspruches verlustig.[7a]) Aber auch nicht jedes Abweichen vom Auftrage verpflichtet zu Schadenersatz; es ist vielmehr zu unterscheiden, ob der Auftrag einen ausdrücklichen Befehl (sog. imperative, limitative, obligatorische, gemessene Commission) enthält oder nicht, (sog. facultative Commission in weiterem Sinne). In letzterem Falle kommt noch weiter zu unterscheiden, ob mit dem Auftrage überhaupt eine Instruction an den Commissionär ertheilt wurde, welche aber dann nur als die im Normalfalle einzuhaltende Richtschnur gelten soll, (sog. demonstrative, enuntiative Commission) oder ob eine Instruction überhaupt nicht ertheilt wurde (sog. facultative Commission im engeren Sinne, illimitirte Commission).[8]) Der Commissionär hat stets mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu prüfen, ob im concreten Falle eine imperative oder eine facultative Commission vorliegt; „er macht sich daher verantwortlich, wenn er in einem gegebenen Falle die Instructionen als imperativ gewollt buchstäblich befolgt, obwohl er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns hätte erkennen müssen, daß die anscheinend imperativen Instructionen nach der Absicht des Committenten für den gegebenen Fall nur demonstrative Bedeutung haben sollten, weil z. B. plötzlich andere Umstände eingetreten sind, der Commissionär aber als sorgfältiger Kaufmann einsehen mußte,

4) Ung. H. G. §. 369; bosn. §. 382.

5) R. O. H. G. VI. S. 313 ff.; R. G. VI. S. 53.

6) v. Hahn, Comm. II. §. 8 zu Art. 362.

7) Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 315 S. 203. — Wegen Berechnung des Schadens s. v. Hahn, Comm. II. §. 9 zu Art. 362.

7a) v. Hahn a. a. O. §§. 10 u. 6; Staub, Comm. §§. 9 u. 10 zu Art. 362; über stillschweigende Genehmigung vgl. Entsch. in Slg. von Adler-Clemens II. Nr. 231, III. Nr. 305 (durch Behalten der eingesendeten Waaren und der Factura), IV. Nr. 530.

8) Ausführlich Grünhut in Endemann's Hdb. III §. 315 S. 178 ff.

daß die Instructionen sich nur auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge beziehen sollten, oder wenn es offenbar ist, daß der Committent bei Ertheilung der Commission nicht gehörig unterrichtet, von ganz anderen Voraussetzungen ausgegangen war u. s. w."[9]) Nur bei unzweifelhaft imperativ gewollten Instructionen ist der Commissionär für jede, auch für die geringste, wenn auch in bester Absicht vorgenommene Abweichung verantwortlich.[10]) Der Abschluß des aufgetragenen Geschäftes unter vortheilhafteren Bedingungen aber erscheint in der Regel nicht als Abweichung vom Auftrage; außer es läge die erkennbare Absicht des Committenten vor, daß genau zu den abgeschlossenen, auch nicht zu vortheilhafteren Bedingungen abgeschlossen werden solle.[11]) Die Vortheile eines vom Committenten als auftragsmäßig genehmigten vortheilhafteren Geschäftes kommen dem Committenten, nicht aber dem Commissionär zu Gute (Art. 372).[11 a]) Eine besondere Art der Commissionserfüllung ist der Selbsteintritt des Commissionärs, der nach dem Gesetze bei Einkaufs-, Verkaufscommission und Spedition möglich ist (s. unten §. 165, VI).

II. Verschieden von auftragswidrigem Handeln ist das Zuwiderhandeln gegen gesetzliche Vorschriften[12]) (vertragswidriges[13] Handeln genannt). Auch in diesem Falle ist der Commissionär schadenersatzpflichtig, u. z. nach denselben allgemeinen Grundsätzen wie im Falle auftragswidrigen Handelns, nicht aber steht dem Committenten diesfalls das Rücktrittsrecht zu. Dieses Recht ist dem Committenten in Art. 362 ausdrücklich nur dann gegeben, wenn der Commissionär „nicht gemäß dem übernommenen Auftrage" handelt; im vorliegendem Falle aber verletzt der Commissionär die objective Rechtsnorm, das Vertragsrecht des Committenten, sowie es durch das objective Recht normirt ist, nicht aber den „übernommenen Auftrag" als solchen.[14]) Es ist im concreten Falle Thatfrage, ob der Commissionär auftragswidrig oder vertragswidrig gehandelt hat.[14 a])

Gegen die Schadenersatzklage wegen angeblich auftragswidrigen Handelns kann sich der Commissionär durch den Beweis schützen, daß er auftragsmäßig vorgegangen sei; oder, im Falle der Nichtausführung oder der Abweichung vom Auftrage bei imperativer Commission, durch den Beweis, daß ihn hieran ein Verschulden nicht trifft, und daß es nicht möglich war, neue Instructionen einzuholen, und bei demonstrativer Commission außerdem noch, daß die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes angewendet worden war, bei Abweichung von einer facultativen Commission im engeren Sinne durch den Beweis der aufgewendeten vorgeschriebenen Sorgfalt bezw. bei speciellen Beschwerden durch Rechtfertigung seines Be-

---

9) Grünhut a. a. O. S. 179.

10) Grünhut a. a. O. S. 179; v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 361; R. O. H. G. VI. S. 313 ff.

11) v. Hahn a. a. O. §. 10; R. O. H. G. XII. S. 180 ff.

11a) Ung. H. G. §. 378; bosn. §. 391; vgl. auch Adler-Clemens VI. Nr. 892.

12) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 362; Grünhut a. a. O. S. 196 ff.

13) Grünhut a. a. O.

14) v. Hahn a. a. O.; Grünhut a. a. O.

14a) v. Hahn a. a. O.

nehmens, bei Nichtausführung der facultativen Commission durch den Beweis, daß ihn ein Verschulden nicht trifft.[15])

III. Dem Commissionär stehen zum Zwecke der Ausführung des Auftrages alle jene Befugnisse zu, welche ihm bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nothwendig erscheinen, um das aufgetragene Geschäft dem Auftrage gemäß ausführen zu können. Mittel und Art der Ausführung ergeben sich zunächst aus dem Inhalte des Auftrages, und wenn der Inhalt des Auftrages keine imperative Bestimmung hierüber oder überhaupt keine diesbezügliche Instruction enthält, aus der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Weicht der Commissionär in ersterem Falle von den vorgeschriebenen Mitteln ab, so gilt dies als eine Ueberschreitung des Auftrages (excessus mandati), und der Committent kann das Geschäft zurückweisen, event., wenn das Geschäft hätte auftragsmäßig ausgeführt werden können, Schadenersatz verlangen[16]); nicht so im zweiten Falle, vorausgesetzt, daß die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die betreffende Abweichung erforderte, und andere Instructionen nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten.[17]) Bei Ausführung des Auftrages muß dem Commissionär das Interesse des Committenten höher stehen als sein eigenes.[18]) Er darf daher z. B. den Verkauf einer Waare nicht etwa unterlassen, um sein Pfandrecht an derselben zu schützen. Die dem Commissionär obliegende Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bringt es mit sich, daß er im Falle eines Versehens seitens des Committenten sich besonders befleißigen muß, die Folgen desselben abzuwenden, und daß ein solches Versehen des Committenten keine Entschuldigung für den Commissionär bildet.[19]) Der Beweis der Anwendung der vorgeschriebenen Sorgfalt obliegt dem Commissionär, außer der Committent hätte ihm culposer Weise die Beweisführung unmöglich gemacht oder erschwert.[20])

IV. Der Commissionär muß den übernommenen Auftrag in der Regel selbst ausführen.[21]) Doch kann ihm die Bestellung eines Substituten ausdrücklich oder stillschweigend gestattet sein. Ob stillschweigende Substitutionsgewährung vorliege, kann im concreten Falle „aus der Art der vorzunehmenden Handlung, aus dem Orte, wo, aus der Zeit, zu welcher sie vorzunehmen ist, und aus sonstigen Umständen“[22]) entnommen werden. Auch dann ist Substitution für zulässig anzusehen, wenn der Commissionär ohne eigenes Verschulden verhindert ist, selbst zu handeln oder in

---

15) Grünhut a. a. O. S. 201 ff.

16) Ausnahmen hievon enthalten die unten zu besprechenden Art. 363, 364, 369 H. G. B.

17) Grünhut a. a. O. S. 185, 186.

18) v. Hahn a. a. O. §. 5; Staub, Comm. §. 3 zu Art. 361.

19) Vgl. R. O. H. G. IV. S. 205.

20) R. G. XX. S. 5 ff. — Nach R. O. H. G. XXI. S. 255 ff., kann eine solche Umkehrung der Beweislast auch eintreten infolge von Verzögerungen des Committenten.

21) R. O. H. G. XXV. S. 92; vgl. v. Hahn a. a. O. §. 4; Grünhut, Commissionshandel S. 312 ff.; in Endemann's Hdb. III. §. 315 S. 186 ff.; Willenbücher, Comm. Note 2 zu Art. 361; Auerbach in Busch's Arch. VI. S. 326 ff.

22) v. Hahn a. a. O. §. 4.

zweckmäßiger Weise selbst zu handeln, während ein Anderer dies imstande ist, und nicht mehr Zeit ist, um Instructionen einzuholen.[23]) Im Falle zulässiger (d. i. auch unvermeidlich nothwendiger) Substitution haftet der Commissionär nur für culpa in eligendo, event. für die erforderliche Sorgfalt in Ertheilung der Instruction an den Substituten, und unter Umständen für dessen Ueberwachung. Hat sich aber der Commissionär ohne Genehmigung des Committenten oder ohne Noth substituiren lassen, so haftet er für jedes Verschulden des Subststuten so, wie wenn dies Verschulden sein eigenes wäre.[24]) Verschieden von voller oder theilweiser Substitution ist es, wenn der Commissionär sich bei Ausführung der Arbeit dritter Personen bedient (arg. Art. 371)[25]), „soweit solche Mitwirkung fremder Kraft der Sorgfalt bei Ausführung des Geschäftes entspricht“.[26]) Doch kann auch eine solche Mitwirkung dritter Personen ausdrücklich ausgeschlossen sein.[27])

V. Zur Credit- oder Vorschußgewährung ist der Commissionär nur über specielle, ausdrückliche oder stillschweigende Ermächtigung seitens des Committenten befugt (Art. 369 Abs. 1).[28]) Stillschweigende Gestattung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Commissionär im Vertrage mit dem Committenten das sog. „Del-credere“ übernimmt d. h. für seinen Contrahenten mit unmittelbarer und persönlicher Haftung einsteht, oder wenn ein Commissionär, welcher mit dem Committenten in ständiger Commissionsgeschäftsverbindung steht, in ähnlichen Fällen bereits wiederholt Credit oder Vorschuß gewährte, ohne daß der Committent dagegen Einspruch erhob.[29]) Im Falle der Gestattung der Credit- oder Vorschußgewährung ist der Commissionär an die etwa diesbezüglich vom Committenten gegebenen Vorschriften gebunden. Für das Abweichen von diesen Vorschriften, für die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bei der Creditgewährung und endlich für die unbefugte Creditgewährung ist der Commissionär verantwortlich, und zwar für die unbefugte Creditgewährung auch dann, wenn er bei der Creditgewährung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet hat.[30])

VI. Daß der Ort[31]) der Ausführung des Auftrages selbständig zu bestimmen ist und vom Orte des Commissionsvertrages verschieden sein kann, wurde bereits erwähnt. Zunächst ist hier die bezügliche Anweisung des Committenten im Auftrage maßgebend. Hat jedoch dieser hierüber nichts bestimmt, so steht es dem Commissionär frei, nach seinem Ermessen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes den Ort der Ausführung zu wählen, im Zweifel aber dürfte wohl der Ort der Nieder-

23) Vgl. v. Hahn a. a. O. §. 4; Willenbücher a. a. O.
24) R. O. H. G. XI. S. 146 ff.; vgl. Grünhut, Commissionshandel S. 312 ff.; in Endemann's Hdb. III. S. 187; Auerbach in Busch's Archiv VI. S. 326 ff.
25) Vgl. ung. H. G. §. 377; bosn. §. 390.
26) Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 186, 187.
27) Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 187. [§. 388 Abs. 1.
28) Ung. H. G. §. 375 Abs. 1; bosn.
29) Grünhut im cit. Hdb. III. S. 193.
30) Grünhut im cit. Hdb. III. S. 193; vgl. auch Erk. bei Adler-Clemens VI. Nr. 1044.
31) Vgl. hiezu Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 194.

lassung des Commissionärs als vom Committenten gewollter Erfüllungsort anzusehen sein (arg. Art. 370 H. G. B.).[32]) Wählt der Commissionär einen anderen Ort zur Ausführung des Geschäftes als den seiner Niederlassung, so hat er zu beweisen, daß er nach Erwägung aller Umstände mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes überzeugt gewesen sei, daß dieser Erfüllungsort den Intentionen des Committenten entspreche.

VII. Rücksichtlich der Zeit der Ausführung entscheidet in erster Linie die vom Committenten gegebenen Anweisung. Es kann übrigens auch, ohne daß es ausdrücklich ausgesprochen ist, aus andern Umständen auf die Absicht des Committenten rücksichtlich der Erfüllungszeit geschlossen werden. So kann insbesondere auf die Absicht des Committenten, daß der Auftrag sofort ausgeführt werden soll, geschlossen werden, „wenn die Waare, auf welche der Auftrag geht, bedeutenden Preisschwankungen unterworfen ist, und der Committent auf dieselben speculirt, was insbesondere wieder aus der Wahl des Mittels, durch welches er den Auftrag an den Commissionär gelangen läßt (z. B. durch Telegraph, Bote) hervorgehen kann.“ [33]) In solchen Fällen wird die Absicht des Committenten oft so sehr auf sofortige Ausführung gerichtet sein, daß eine spätere Ausführung nicht mehr als auftragsgemäß erscheint und daß der Commissionär einen solchen Auftrag, wenn er ihm verspätet zukommt, nicht mehr auszuführen hat.[34]) Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so steht allerdings dem Commissionär die Wahl des Zeitpunktes der Ausführung zu; die ihm obliegende Pflicht, das Interesse des Committenten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren, bringt es aber mit sich, daß er den Auftrag bei der ersten sich darbietenden günstigen Gelegenheit ausführen muß. Unterläßt er dies unter Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, so macht er sich verantwortlich.[36]) Ein trotz Aufwendung der vorgeschriebenen Sorgfalt hiebei unterlaufener diesbezüglicher Irrthum kann ihm jedoch nicht als Pflichtverletzung angerechnet werden.[37])

VIII. Eng verbunden mit der Pflicht der auftragsmäßigen Ausführung des übernommenen Geschäftes sind die dem Commissionär bei der Empfangnahme und Aufbewahrung des eventuellen Commissionsgutes obliegenden Pflichten sowie die eventuelle Pflicht zur Versicherung des Commissionsgutes. Aus der Verpflichtung des Commissionärs zur Wahrung der Rechte des Committenten ergibt sich, daß er, wenn die Waare, welche ihm im Zusammenhange mit dem Auftrage zugesandt oder übergeben wird (das sog. Commissionsgut), sich bei der Empfangnahme („Ablieferung“ an ihn) in einem äußerlich erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustande[38]) befindet, die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer

32) Ung. H. G. §. 376; bosn. §. 389.
33) v. Hahn, Comm. II. §. 11 zu
34) v. Hahn a. a. O. [Art. 361.
35) Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 194, 195; v. Hahn a. a. O.
36) Grünhut a. a. O. S. 195.
37) Grünhut a. a. O. S. 195.
38) Die Worte „äußerlich erkennbar“ beziehen sich sowohl auf „beschädigt“ als auch auf „mangelhaft“. (v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 365 und Note 2. — Anders v. Kräwel, Comm. Note 1 zu

wahren, für den Beweis jenes Zustandes der Waare (des Commissionsgutes) sorgen und den Committenten ohne Verzug hievon verständigen muß (Art. 365 Abs. 1).[39]) Ist die Waare äußerlich in Ordnung, d. h. ist äußerlich an derselben weder eine Beschädigung noch ein Mangel erkennbar, so trifft den Commissionär die Verpflichtung zur Wahrung der Rechte gegen den Frachtführer und Schiffer nur, wenn er als sorgfältiger Kaufmann begründete Ursache hätte, eine Beschädigung anzunehmen (z. B. bei gebrechlichen Sachen, oder im Falle eines an dem Transportmittel eingetretenen Schadens).[40]) Im Unterlassungsfalle ist der Commissionär für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich (Art. 365 Abs. 2).[41]) Der Commissionär kann den Zustand des Gutes auch durch Sachverständige[42]) feststellen lassen (Art. 365 Abs. 3)[43]), ja er ist hiezu infolge der ihm obliegenden Sorgfalt und infolge seiner Pflicht zur Wahrung der Interessen des Committenten bei sonstiger Schadenersatzpflicht verpflichtet, wenn dies durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten ist.[44]) Wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, so kann der Commissionär den Verkauf desselben nach Art. 343 — d. i. öffentlich oder, wenn die Waare einen Börse- oder Marktpreis hat, auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten — bewirken (Art. 365 Abs. 3).[45]) Auch dieser Verkauf kann, wie die oben besprochene Heranziehung von Sachverständigen unter Umständen zur Pflicht des Commissionärs werden, wenn ihn die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes erfordert.[46])

Während der Aufbewahrung des Commissionsgutes ist der Commissionär für Verlust und Beschädigung des Gutes mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verantwortlich, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch Umstände herbeigeführt wurde, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht abgewendet werden konnten (Art. 367 Abs. 1).[47]) Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, so hat der Commissionär dies zunächst dem Committenten mit dem Ersuchen um entsprechende Weisung anzuzeigen. Ist hiezu keine Zeit, oder ist der Committent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so kann der Committent unter Beobachtung der oben angeführten Bestimmungen des Art. 343 den

---

Art. 365, welcher „äußerlich erkennbar“ nur auf „beschädigt“, nicht auf „mangelhaft“ bezieht. (S. dagegen v. Hahn a. a. O. und Auerbach, Das neue Handelsgesetz Abth. II. S. 218 Note 1).

39) Ung. H. G. §. 371 Abs. 1; bosn. §. 384 Abs. 1.

40) Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 316 S. 204.

41) Ung. H. G. §. 371 Abs 1; bosn. §. 384 Abs. 1.

42) Insofern bei Gericht Sachverständige bereits ständig bestellt sind, bedarf es eines vorgängigen Antrages der Parteien auf Ernennung besonderer Sachverständiger nicht (§. 48 österr. Einf. Ges. z. H. G. B.). [§. 384 Abs. 2.

43) Ung. H. G. §. 371 Abs. 2; bosn.

44) Grünhut a. a. O.

45) Ung. H. G. §§. 371 Abs. 2 und 347; bosn. §§. 384 Abs. 2 und 365.

46) Grünhut a. a. O.; v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 365; Anders Staub, Comm. §. 12 zu Art. 365.

47) Ung. H. G. §. 373 Abs. 1; bosn. §. 386 Abs. 1.

Verkauf des Gutes veranlassen (Art. 366 Abs. 1).[48]) Zu solchem Verkaufe ist der Commissionär auch sonst berechtigt, wenn der Committent, obwohl hiezu der Sachlage nach verpflichtet, es unterläßt, über das Gut zu verfügen (Art. 366 Abs. 2).[49]) Auch dieser Verkauf des Commissionsgutes ist nicht nur ein Recht, sondern unter Umständen auch Pflicht des Commissionärs. Aus der Pflicht des Commissionärs, das Interesse des Committenten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren, ergibt sich, daß er schadenersatzpflichtig wird, wenn er, obwohl er als sorgfältiger Kaufmann einsehen mußte, daß das Interesse des Committenten einen alsbaldigen Verkauf des Commissionsgutes wegen drohender Entwerthung erheische, den Verkauf nicht vornahm, das Commissionsgut zu Grunde gehen ließ, obwohl er in der Lage gewesen wäre, den Verkauf nach Art. 343 vorzunehmen und dadurch das Interesse des Committenten zu wahren.[50]) Nur bei drohender Veränderung am Gute selbst ist der Commissionär zum Verkauf nach Art. 343 berechtigt, nicht aber bei anderen, äußeren, Entwerthung drohenden Ursachen, z. B. Sinken des Preises des Gutes.[51])

Zur Versicherung des Commissionsgutes ist der Commissionär nur dann verpflichtet, wenn er hiezu vom Committenten ausdrücklich oder stillschweigend, durch imperative oder demonstrative Instruction beauftragt worden ist (Art. 367 Abs. 2).[52]) Er ist daher ohne Auftrag auch dann nicht zur Versicherung verpflichtet, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes und das Interesse des Committenten die Versicherung des Gutes erheischen würden; wohl aber läßt ihm das Gesetz das Recht zur Versicherung; er erscheint jedoch bei Versicherung des Commissionsgutes ohne Auftrag nicht als Mandatar, sondern als negotiorum gestor des Committenten.[53])

IX. Der Commissionär ist kraft gesetzlicher Bestimmung (Art. 361)[54]) verpflichtet, in Ausführung des Auftrages dem Committenten die „erforderlichen" Nachrichten zu geben, d. h. alle jene Nachrichten, welche für den Committenten rücksichtlich des auszuführenden Geschäftes von Interesse und für Dispositionen desselben maßgebend sein können.[55]) Dies erfordert auch die bona fides des Handelsverkehres.[56]) Was als erforderliche Nachricht anzusehen ist, ist im einzelnen Falle Thatfrage.[57]) Bei

---

48) Ung. H. G. §. 372 Abs. 1; bosn. §. 385 Abs. 1.

49) Ung. H. G. §. 372 Abs. 2; bosn. §. 375 Abs. 2.

50) Grünhut a. a. O. S. 205; ebenso v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 366; Dernburg, Preuß. Priv. Recht II. §. 186; R. O. H. G. XIX. S. 256; anders Staub, Comm. §§. 1 u. 2 zu Art. 366.

51) Vgl. Grünhut a. a. O. S. 205, 206.

52) Ung. H. G. §. 373 Abs. 2; bosn. §. 386 Abs. 1.

53) Grünhut a. a. O. S. 206.

54) Ung. H. G. §. 369; bosn. §. 382.

55) Grünhut a. a. O. S. 195; v. Hahn, Comm. II. §. 8 zu Art. 361. R. O. H. G. II. S. 436 ff.

56) v. Hahn a. a. O. §. 7.

57) Insbesondere gehören hieher Nachrichten über den Stand des Marktes und über Ereignisse, die auf dessen Veränderung einwirken (v. Hahn a. a. O. §. 8), sowie Nachrichten über den Zustand des Commissionsgutes bei seinem Eintreffen (v. Hahn a. a. O. §. 8; R. O. H. G. XXII. S. 78 f.). — Vgl. auch R. G. XXVII. S. 123 ff.

der Prüfung im einzelnen Falle hat der Commissionär mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorzugehen.[58]) Insbesondere aber verpflichtet das Gesetz den Commissionär zur sofortigen (unverzüglichen) Anzeige der vollzogenen — nicht etwa der nunmehr beabsichtigten[59]) — Ausführung des aufgetragenen Geschäftes an den Committenten (Art. 361).[60])

Die Unterlassung der Anzeigepflicht, insbesondere auch die Versäumung oder Verzögerung der Ausführungsanzeige macht den Commissionär schadenersatzpflichtig[61]), ebenso die Ertheilung mangelhafter oder unrichtiger Auskunft.[62]) Der Commissionär hat die Anzeigepflicht unaufgefordert zu erfüllen, nicht etwa erst eine Erkundigung seitens des Committenten abzuwarten. Eine Erkundigungspflicht des Committenten besteht überhaupt nicht.[63])

§. 157.

γ. Pflicht zur Rechenschaftsablegung.[1])

Es liegt in der Natur des Commissionsverhältnisses, daß der Committent nicht wissen kann, wie seine Ansprüche gegen den Commissionär sich begründen und begrenzen; das Gesetz verpflichtet daher[2]) den Commissionär zur Rechenschaftsablegung (Art. 361).[3]) Hierunter wird nicht nur die Pflicht der Rechnungslegung, d. i. die mit den Belegen versehene Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben, sondern überhaupt die Verpflichtung zu jeder durch die Umstände des einzelnen Falles zur Klarstellung der gegenseitigen Forderungen und Verpflichtungen und zum Nachweise einer getreuen und sorgfältigen Ausführung des Auftrages erforderlichen Auskunft und Ausweisung verstanden.[4]) Der wesentliche Zweck der Pflicht der Rechenschaftslegung ist die Feststellung (Begründung und Begrenzung) der Einnahmen, der Forderungen des Committenten, während die Feststellung der Ausgaben und Gegenforderungen des Commissionärs und deren Geltendmachung ein Recht des Commissionärs ist.[5]) Aus der Pflicht des Commissionärs zur Rechenschaftslegung ergibt sich, daß er auch für die Beibringung von Belegen sorgen muß, soweit solche im Handelsverkehre üblich sind (z. B. Schlußzettel, Quittungen u. s. w.).[6])

58) Grünhut a. a. O.

59) R. O. H. G. XI. S. 43, 44; v. Hahn II. §. 9 zu Art. 361; Grünhut a. a. O. S. 196.

60) Ung. H. G. §. 369; bosn. §. 382.

61) Grünhut a. a. O. S. 196; v. Hahn a. a. O. §§. 8 u. 9; Staub, Comm. §. 11 zu Art. 361.

62) v. Hahn a. a. O. §. 8; Staub, Comm. §. 11 zu Art. 361.

63) Grünhut a. a. O. S. 196; Staub, Comm. §. 10 zu Art. 361.

1) Vgl. außer den Commentaren und Lehrb. H. R. Grünhut, Recht des Commissionshandels §. 29; in Endemann's Hdb. III. §. 317. — Ueber die Verpflichtung zur Rechnungsablegung (Rechenschaftsablegung) überhaupt s. O. Bähr in Ihering's Jahrb. f. d. Dogmat. XIII. S. 254. — H. G. B. Art. 369; ung. H. G. §. 369; bosn. §. 382.

2) O. Bähr a. a. O.

3) Ung. H. G. §. 369; bosn. §. 382.

4) Grünhut bei Endemann a. a. O.; v. Hahn, Comm. II. §. 14 zu Art. 361. — Vgl. auch R. O. H. G. II. S. 436 ff., VI. S. 216 ff., VIII. S. 31 ff., X. S. 187 ff., XIII. S. 40 f., XXII. S. 3 ff.; R. G. V. S. 6. Vgl. Adler-Clemens IX. Nr. 1567, 1638. [G. XIII. S. 40.

5) Grünhut a. a. O. — Vgl. R. O. H.

6) v. Hahn a. a. O.

Gab sich aber der Committent mit der Rechnungslegung oder einzelnen Angaben derselben zufrieden, ohne nähere Belege zu verlangen, so wäre es gegen Treue und Glauben, später solche zu fordern, wenn der Commissionär vielleicht nicht mehr in der Lage ist, diese Belege noch herbeizuschaffen.[7])

Die Verpflichtung zur Rechnungslegung kann auch im Voraus erlassen werden; es wäre dies ein Verzicht auf ein Recht seitens des Committenten, denn eine Pflicht, Rechnung zu verlangen, hat er nicht[8]): wenn er auf anderem Wege den Umfang seiner Forderung darlegen kann, und die Gegenforderungen des Commissionärs wenn möglich in ihrem vollen oder doch in dem denkbar weitesten Umfange zum Abzug bringt, so liegt kein Anlaß vor, Rechnungslegung zu verlangen.[9]) Der Commissionär kann diesfalls der Klage des Committenten auf Herausgabe dessen, was er auf Grund des Commissionsvertrages zu fordern hat, nicht den Einwand entgegensetzen, daß von ihm zuerst Rechnungslegung zu verlangen sei, sondern er kann seine Gegenforderungen oder sonstige die Forderungen des Committenten einschränkende Einwendungen der Klage selbst entgegensetzen.[10])

Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung besteht auch im Falle der Nichtausführung der Commission[11]), und wird auch nicht dadurch aufgehoben, daß der Committent dem Commissionär (aus einem anderen Geschäft) seinerseits Rechenschaft zu geben hat.[12])

§. 158.

δ. Die Pflicht zur Herausgabe.[1])

Zweck der Rechenschaftsablegung ist die Herausgabe alles dessen seitens des Commissionärs, was der Committent aus dem Geschäfte zu fordern hat (Art. 361).[2]) Der Commissionär ist auf Grund des Commissionsauftrages und der Ausführung des Geschäftes verpflichtet, Alles, was er infolge Ausführung des committirten Geschäftes erhalten hat, dem Committenten herauszugeben, ihm daher auch alle Forderungen abzutreten, welche er gegen den Dritten erworben hat (Art. 368)[3]), ohne daß er sich, abgesehen von der Provision, hieraus auf Kosten des Committenten ohne dessen Einwilligung einen Vortheil verschaffen darf, nicht

7) v. Hahn a. a. O.; vgl. Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichtes der vier freien Städte Deutschlands (1857) Nr. 170; R. O. H. G. IV. S. 350 ff.; X. S. 191 ff.

8) v. Hahn a. a. O.

9) Grünhut, Commissionshandel S. 238. — R. O. H. G. V. S. 228 ff., VII. S. 379.

10) Grünhut, Commissionshandel S. 238. [§. 16 zu Art. 361.

11) v. Hahn a. a. O.; Staub, Comm.

12) v. Hahn a. a. O.

1) Vgl. außer den Lehrb. u. Comm. des H. R. noch Grünhut, Commissionshandel §. 30; Förster, Preuß. Priv. Recht II. §. 141 S. 312, Note 98; Dernburg, Preuß. Priv. Recht II. S. 98, 454 Note 26. — H. G. B. Art. 361; ung. H. G. §. 369; bosn. §. 382.

2) Ung. H. G. §. 369; bosn. §. 382.

3) Ung. H. G. §. 374; bosn. §. 387. — Vgl. R. O. H. G. II. S. 260.

einmal dann, wenn er das Geschäft zu vortheilhafteren Bedingungen abgeschlossen hat, als sie ihm vom Committenten gestellt und von diesem vorausgesehen worden waren, so insbesondere bei höherem Verkaufs- bzw. niedrigerem Einkaufspreise (Art. 372).[4]) Rücksichtlich der Modalitäten der Leistung (insbesondere Transportgefahr) gelten die oben (§. 156) ausgeführten Grundsätze.[5]) Zögert der Commissionär mit der Erfüllung seiner Herausgabepflicht, so ist er schadenersatzpflichtig, und bei Geldzahlungen zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet. Der Committent hat den Schaden darzulegen, und hat den Rechtsgrund seiner Forderung, den Commissionsauftrag, zu beweisen, sowie daß das ausgeführte Geschäft dem aufgetragenen entspricht, daher als dessen Ausführung erscheint. Dies ist einfach, wenn das committirte Geschäft eine bestimmte Species oder zwar ein Genus betrifft, aber in letzterem Falle mit gewissen Besonderheiten verbunden ist. Im Uebrigen ist die Lage der Umstände für die Vertheilung der Beweislast maßgebend, und gilt auch hier im Wesentlichen der Grundsatz, daß wer aus einer Thatsache ein Recht herleiten will, dieselbe beweisen muß.[6])

An dieser Geltendmachung seiner Ansprüche hindert den Committenten nicht etwa der Bestand einer dauernden Geschäftsverbindung mit dem Commissionär. Letzterer ist berechtigt, Forderungen aus anderen Commissionen der Klage des Committenten einredeweise entgegenzusetzen.[7])

§. 159.

b) Rechte des Commissionärs.

α) Im Allgemeinen; von dem Rechte auf Ersatz des Aufwandes insbesondere.[1])

I. Schon oben wurde mehrfach angedeutet, in welcher Weise der Commissionär seine Gegenforderungen dem Committenten gegenüber geltend machen kann.[2]) Die Ansprüche und Rechte, welche der Commissionär dem Committenten gegenüber geltend machen kann, gehen theils auf Erstattung des gemachten Aufwandes, theils auf Vergütung, oder sind Pfand-Retentions- und Compensationsrechte. Andere Rechte des Commissionärs wurden bereits bei Erörterung seiner Pflichten erwähnt, so z. B. das Recht der Feststellung des Zustandes des Commissionsgutes durch Sachverständige, das Recht des Verkaufes des Commissionsgutes unter gewissen Umständen, welche Rechte aber auch zur Pflicht werden können. Von einzelnen besonderen Rechten einiger Arten der Commission wird unten (§§. 164 ff.) die Rede sein, so vom Rechte des Selbsteintrittes

4) Ung. H. G. §. 378; bosn. §. 391. — Vgl. R. O. H. G. XVIII. S. 198 ff. — Ueber differirende Ansichten in d. Handelswelt s. Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 317 Note 9 und die dort citirten.

5) Vgl. hierüber Staub, Comm. §. 24 zu Art. 361. [Art. 361.

6) v. Hahn, Comm. II. §. 20 zu

7) v. Hahn a. a. O.; R. O. H. G. VII. S. 378 f.

1) Vgl. außer den Comm. u. Lehrb. des H. R. noch Grünhut, Recht des Commissionshandels §. 31. — H. G. B. Art. 371 Abs. 1; ung. H. G. §. 377 Abs. 1; bosn. H. G. §. 320 Abs. 1.

2) Siehe oben §. 156.

des Commissionärs in Einkaufs- und Verkaufsaufträge, und dem analogen Rechte des Spediteurs.

II. Aus allgemeinen Grundsätzen folgt, daß der Commissionär wie jeder Mandatar[3]) das Recht hat, Ersatz dessen zu verlangen, was er in in Ausführung des Auftrages aufgewendet hat. Diese Aufwendungen müssen jedoch vom Standpunkte der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nothwendige oder nützliche sein (Art. 371).[4]) Solche Auslagen sind z. B. Stempel, Portobeträge, die im Gesetze ausdrücklich angeführte Vergütung für die Benützung der Lagerräume und der Transportmittel des Commissionärs und der Arbeit seiner Leute, Zölle, Ablade-, Wäge-, Reparaturkosten, Frachtgebühr u. s. w. Ob eine Auslage im einzelnen Falle nothwendig oder nützlich ist, hat der Commissionär zu beweisen.[5]) Für diesen Ersatzanspruch des Commissionärs ist es gleichgiltig, ob das Geschäft thatsächlich zur Ausführung gelangt ist; dieser Anspruch ist auch dann begründet, wenn die Commission widerrufen oder unausführbar wurde.[6]) Es ist auch nicht erforderlich, daß die Auslage bereits wirklich stattgefunden hat, es genügt, daß der Commissionär zur Erfüllung des aufgetragenen Geschäftes bereits Verpflichtungen eingegangen hat, z. B. durch Abschluß des Kaufes die Verpflichtung zur Zahlung des Preises, beim Verkauf zur Lieferung der Waare u. s. w.[7])

Der Commissionär ist nicht verpflichtet, dem Committenten Credit zu geben, sondern er kann vielmehr verlangen, daß ihm die Mittel zur Ausführung des Auftrages seitens des Committenten im Vorhinein zur Verfügung gestellt werden.[8]) Nur wenn der Commissionär sich ausdrücklich verpflichtet hat, für den Committenten in Vorschuß zu gehen, ist er nicht berechtigt, nachträglich noch Deckung zu verlangen. Jedoch erscheint er berechtigt, eine Deckung (Pfand) zu verlangen, sobald nach richterlichem Ermessen Gefahr vorhanden ist, daß der Commissionär zufolge seiner Creditgewährung der zu machenden Aufwendungen und creditweise zu leistenden Zahlungen verlustig würde, z. B. bei notorischer Zerrüttung der Vermögensverhältnisse des Committenten oder Ueberschuldung desselben.[9])

---

3) §. 1014 a. b. G. B.

4) Ung. H. G. §. 377; bosn. §. 390. — Vgl. Erk. des östr. Obst. Ger. Hofes bei Adler-Clemens I. Nr. 89, III. Nr. 341, 448, V. Nr. 839, VII. Nr. 1190 (Reiseauslagen), VIII. Nr. 1513.

5) R. O. H. G. VIII. S. 66; X. S. 190 f.; XXII. S. 5. [Note 1.

6) Willenbücher, H. G. zu Art. 371

7) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 371; Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 318 S. 211; R. O. H. G. XX. S. 309 ff.

8) Grünhut, Commiss. S. 254, 255; in Endemann's Hdb. a. a. O. S. 212. — Anders Gad, Dtsch. H. R. §. 133 S. 279. — Im §. 140 des revid. Oestr. Entw. war die Bestimmung enthalten, daß der Commissionär, wenn er die Besorgung eines bestimmten Geschäftes, mit dem Auslagen verbunden sind, übernommen hat, ohne sich einen Vorschuß zu bedingen, verpflichtet sei, diese Auslagen vorzustrecken, wenn nicht eine solche Veränderung der Umstände eintritt, durch welche der Committent gegründeter Weise des Vertrauens verlustig wird. Diese Bestimmung ging nicht in das H. G. B. über, ein diesbezüglicher Antrag wurde abgelehnt. (Prot. S. 719, 720, 747—749).

9) Grünhut, Comm. S. 255 ff.; in Endemann's Hdb. III. S. 212.

Das Recht des Commissionärs, Ersatz der gemachten Vorschüsse zu verlangen, tritt, sofern nichts Anderes vereinbart ist, ein, sobald er durch Rechenschaftslegung beweisen kann, daß er Vorschüsse gemacht hat. Es ist hiebei gleichgiltig, ob er sich zur Vorschußgewährung verpflichtet hat oder nicht. Bei der Verkaufscommission ist im Zweifel anzunehmen, daß der Vorschuß aus dem Verkaufserlöse zu decken ist.[10])

In allen Fällen, in welchen der Commissionär Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen hat, kann er auch 6 % Zinsen vom Tage der Verwendung an in Ansatz bringen (Art. 290).[11])

§. 160.

β) Das Recht auf Provision.[1])

I. Schon oben (§. 105) wurde erwähnt, daß sich das Recht des Kaufmannes auf Vergütung (Provision) für seine Mühewaltung, Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung aus der Gewerbsmäßigkeit des Betriebes und aus dem Grundsatze der Entgeltlichkeit des Handels ergibt. Es bedarf hiezu keiner diesbezüglichen Verabredung (Art. 290 Abs. 1).[2]) Ein solches Recht auf Provision gewährt das Gesetz ausdrücklich dem Commissionär (Art. 290 Abs. 3).[3])

II. Rücksichtlich der Höhe der Provision wurde eine Bestimmung nicht getroffen, da die Verhältnisse je nach Ort und Waare sehr verschieden sind, und weil die Entscheidung hierüber am besten dem richterlichen Ermessen überlassen bleibe, sofern nicht schon im Vertrage oder durch Ortsgebrauch das Nöthige vorgesehen ist.[4])

III. Regelmäßig kann die Provision nur nach Ausführung des Geschäftes gefordert werden (Art. 371 Abs. 2)[5]), worunter aber nicht etwa nur die Erfüllung des Commissionsauftrages durch Abschluß des Commissionsgeschäftes, sondern die Ausführung oder Erfüllung des letzteren zu verstehen ist.[6]) Ist das aufgetragene Geschäft nicht zur Ausführung gelangt, so kann der Commissionär eine Provision nicht fordern. Es ist hiebei gleichgiltig, ob der Commissionär an der Nichtausführung schuld ist oder nicht; dieser kann daher eine Provision auch dann nicht fordern, wenn er aus rechtmäßigen Gründen die Commission kündigte, oder durch Zufall ohne Schuld verhindert wurde, oder wenn der dritte Contrahent schuld ist an der Nichtausführung der Commission, z. B.

---

10) Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 212, 213.

11) Ung. H. G. §. 284; bosn. §. 304.

1) Vgl. außer den Comm. und Lehr- u. Handb. des H. R. Grünhut, Commiss. §. 32. — H. G. B. Art. 290 Abs. 3, 371 Abs. 2; ung. H. G. 377 Abs. 2; bosn. §. 390 Abs. 2.

2) Ung. H. G. §. 284 Abs. 1; bosn. §. 304 Abs. 1.

3) Ung. H. G. §. 377 Abs. 2; bosn. §. 390 Abs. 2.

4) Protokolle S. 716.

5) Ung. H. G. §. 377 Abs. 2; bosn. §. 390 Abs. 2.

6) v. Hahn, Comm. II. §. 14 zu Art. 371; Puchelt, Comm. II. Anm. 10 zu Art. 371; Grünhut, Commiss. §. 32 S. 264 ff.; in Endemann's Hdb. III. §. 318 S. 312 f.; Willenbücher H. G. Anm. 5 zu Art. 371; Staub, Comm. §. 10 zu Art. 371; vgl. R. O. H. G. XX. S. 325.

durch Lieferung unannehmbarer Waare, ja selbst auch dann nicht, wenn der Committent selbst die Ausführung des Geschäftes vereitelt, z. B. durch rechtzeitigen Widerruf infolge geänderter Handelsconjuncturen, oder um selbst mit dem Dritten zu contrahiren.[7]) Nur wenn der Committent aus einem gegen den Commissionär gerichteten dolus, um diesem den Commissionsanspruch abzuschneiden, die Ausführung des Geschäftes verhindert, ist das Geschäft als ausgeführt anzusehen und ist der Commissionär zur Forderung der Provision berechtigt.[8]) Jedoch hat der Commissionär trotz Nicht-Ausführung der Commission das Recht auf eine sog. Auslieferungsprovision, sofern eine solche am Orte der Ausführung der Commission, d. i. im Zweifel am Orte der Handelsniederlassung des Commissionärs[9]), gebräuchlich ist (Art. 371 Abs. 2). Dies ist zumeist der Fall, wenn die Verkaufscommission ohne Schuld des Commissionärs nicht ausgeführt werden kann, z. B. wenn der Committent die Commission widerruft und das Gut zurückverlangt.[10]) Eine Provision für den Nichtausführungsfall, sowie eine Auslieferungsprovision kann auch im Commissionsvertrage vereinbart werden.[11]) Die Höhe der Auslieferungsprovision hängt, sofern sie vereinbart ist, von der Vereinbarung, sonst vom Ortsgebrauche ab. Wenn der Commissionär zulässiger Weise von beiden contrahirenden Theilen Aufträge entgegengenommen hat, so darf er auch von beiden Theilen Provision fordern.[12]) Zulässig erscheint aber die Annahme solcher Commissionen nur, wenn sie unter einander nicht collidiren.[13])

Das dem Commissionär kraft gesetzlicher Bestimmung zustehende Recht auf Provision kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft der Parteien beseitigt werden.[14])

§. 161.

γ. Das Pfand-, Compensations- und Retentionsrecht des Commissionärs.[1])

I. „Der Commissionär muß im Interesse des Handelsverkehrs, zu dessen wirksamsten Organen er gehört, in die Lage gesetzt werden, auf die

7) v. Hahn, Comm. II. §. 14 zu Art. 371; Grünhut, Commiss. §. 32 S. 268 ff.; in Endemann's Hdb. III. §. 318 S. 214 f.; Staub, Comm. §. 13 zu Art. 371. — Anders Cosack, H. R. (2. Aufl.) S. 188; Dernburg, Preuß. Privatr. II. §. 186.

8) v. Hahn, Comm. II. §. 14 zu Art. 371 und Note 24 daselbst; vgl. R. O. H. G. XI. S. 198, XVI. S. 378. — Ueber abweichende Anschauungen bei den Berathungen der Codificationscommission s. Prot. S. 716, 1206 (s. dagegen v. Hahn, Comm. II. §. 14 zu Art. 371). [S. 31 ff.

9) S. oben §. 155; vgl. R. G. XVII.

10) Prot. S. 716. — Das ung. (§. 377 Abs. 3) und das bosn. H. G. (§. 390 Abs. 3) beschränken das Recht auf eine Auslieferungsprovision auf den Fall, daß das Geschäft ohne Verschulden des Commissionärs nicht zur Ausführung kommt, soferne eine solche ortsgebräuchlich ist.

11) R. O. H. G. XVI. S. 378.

12) R. O. H. G. VII. S. 90 ff.; Grünhut in Endemann's Hdb. a. a. O. S. 213.

13) Staub, Comm. §. 17 zu Art. 371; §. 13 zu Art. 360.

14) Grünhut in Endemann's Hdb. a. a. O. S. 216.

1) Vgl. hiezu außer den Comm. und Lehrb. des H. R. insbes. Laband in Ztschr. für H. R. IX. S. 425—501;

Befriedigung seiner aus dem Commissionsgeschäfte erwachsenen Forderungen, insbesondere auf die Entlastung rücksichtlich der von ihm übernommenen Verpflichtungen, auf den Wiedereingang der von ihm gemachten Vorschüsse und auf die Bezahlung seiner Auslagen mit Sicherheit, namentlich auch gegenüber dritten Gläubigern des Committenten, rechnen zu können." [2]) Hiezu reicht die dem Commissionär zur Verfügung stehende actio mandati contraria nicht aus, wenn der Committent vermögenslos ist. Deshalb sowie mit Rücksicht darauf, „daß es für den Commissionär wegen des gewöhnlich entfernten Wohnortes des Committenten nicht selten sehr schwierig sein dürfte, das ihm zustehende Recht gerichtlich geltend zu machen" [3]), ist ihm das Recht eingeräumt, sich durch das in seiner Disposition stehende Commissionsgut zu decken, bezw. soweit als möglich zu compensiren. [4])

II. Zu diesem Zwecke gibt ihm das Gesetz vorerst ein gesetzliches Pfandrecht am Commissionsgute, sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat, oder sonst, insbesondere mittels der Connossemente, Ladescheine oder Lagerscheine noch in der Lage ist, darüber zu verfügen, u. z. wegen der auf das Commissionsgut verwendeten Kosten, (z. B. Fracht, Zölle, Lagerzins u. s. w.) wegen der rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse und Darlehen, wegen der rücksichtlich desselben gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften (Art. 374 Abs. 1). [5]) Es ist bestritten, was in Art. 374 Abs. 1 unter Forderungen aus laufender Rechnung zu verstehen sei. Der Sprachgebrauch der H. G. B. (vgl. Art. 291) und die Tendenz des Gesetzes, das gesetzliche Pfandrecht möglichst einzuschränken, weisen darauf hin, daß hier thatsächlich ein Contocurrentverkehr (im Sinne des Art. 291) gemeint sein dürfte. [6])

Gegenstand des Pfandrechtes ist das Commissionsgut, worunter nicht jeder Gegenstand zu verstehen ist, der dem Commissionär anläßlich des Commissionsverhältnisses übergeben wird, sondern nur der Gegenstand des committirten Geschäftes [7]), u. z. nur insolange als er sich im Gewahrsam oder in der Dispositionssphäre des Commissionärs befindet. Es ist begrifflich nicht erforderlich, daß das Commissionsgut Eigenthum des Committenten sei, doch darf es nicht Eigenthum des Commissionärs sein.

Grünhut, Commissionshandel §. 33. — H. G. B. Art. 374, 375; ung. H. G. §. 379, 380; bosn. §. 392. 393.

2) Grünhut, Commiss. §. 33 S. 280.

3) Grünhut, Commiss. a. a. O.

4) Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S.425; Goldschmidt, H.R. I. §§.96, 97; Grünhut in Endemann's Hdb. §. 319.

5) Ung. H. G. §. 379 Abs. 1; bosn. §. 392 Abs. 1; vgl. Adler-Clemens, Entsch. I. Nr. 41, 56, 106; III. Nr. 341, 351, 461, 465, 509; V. Nr. 839; VI. Nr. 1067 (das Pfandrecht erstreckt sich auch auf die Kosten der Geltendmachung).

6) Vgl. Preuß. Mot. S. 158; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. Nr. V. zu Art. 374; Grünhut, Commiss. S. 189 Note 15; in Endemann's Hdb. III. S. 218. — Für die Ausdehnung auch auf den sog. uneigentlichen Contocurrent Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 449; Keyßner, Comm. Note 7 zu Art. 374; v. Hahn, Comm. II §. 8 zu Art. 374; R. G. IX. S. 430. — Vgl. auch Staub, Comm. §. 1 zu Art. 374. — Offen gelassen in R. O. H. G. XX. S. 86 ff.

7) Vgl. hiezu Staub, Comm. §. 2 zu Art. 374.

Das Pfandrecht des Commissionärs besteht auch im Concurse und anderen Gläubigern des Committenten gegenüber in voller Wirkung, und der Commissionär kann sich für die oben erwähnten pfandrechtlich sichergestellten[7a]) Ansprüche aus den durch das Commissionsgeschäft begründeten und noch ausstehenden Forderungen vorzugsweise vor dem Committenten und dessen Gläubigern befriedigen (Art. 374 Abs. 2).[8])

Zur Realisirung des gesetzlichen Pfandrechtes gibt das Gesetz dem Commissionär unter der auch sonst hiezu erforderlichen Voraussetzung des Verzuges des Schuldners das Recht, sich aus dem Commissionsgute unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 (s. oben §. 96) bezahlt zu machen.[9]) Wenngleich in Art. 375 H. G. B. nur Art. 310 bezogen ist, so ist hiedurch die Anwendbarkeit des Art. 311 betreffend den außergerichtlichen Verkauf im Falle diesbezüglicher schriftlicher Vereinbarung zwischen dem Commissionär und dem Committenten nicht ausgeschlossen.[10]) Aus der Allegirung des Art. 310 in Art. 375 und aus der nicht ausgeschlossenen Anwendbarkeit des Art. 311 ergibt sich auch die Aufrechthaltung der in Art. 312 statuirten Ausnahme rücksichtlich der öffentlichen Pfandanstalten, Creditinstitute und Banken[10a]), sowie die Zulässigkeit der Bestellung und Veräußerung von Faustpfändern unter Kaufleuten nach sonstigem bürgerlichen Rechte für Forderungen aus Commissionsgeschäften.[11]) Das Verkaufsrecht nach Art. 375 gilt nach dem Schlußsatze eben dieses Art. 375 auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse des Committenten.[12])

Das Verkaufsrecht des Art. 375 hat der Commissionär auch dann, wenn das Commissionsgut, so insbesondere das Einkaufscommissionsgut, in seinem Eigenthum steht, und er daher an demselben ein Pfandrecht nicht hat. Die Absicht des Gesetzes geht dahin, auch den Einkaufscommissionär an die Formen des handelsrechtlichen Pfandverkaufes zu binden, und es statuirt hiermit zugleich ein selbständiges Recht des Commissionärs im Falle des Verzuges des Committenten überhaupt.[13])

III. Einfacher gestaltet sich die Realisirung dieses Rechtes des Commissionärs im Falle der Verkaufscommission. Hier ist der Commissionär Gläubiger des Kaufpreises dem Käufer gegenüber, während im inneren

---

7a) So nach herrschenden Ansichten; anders Staub, Comm. §. 1 zu Art. 375 (siehe auch unten Note 13).

8) Ung. H. G. §. 379 Abs. 2; bosn. §. 392 Abs. 2.

9) Ung. H. G. §§. 380, 307, 305; bosn. §§. 393, 325, 323. — Vgl. Adler-Clemens, Entsch. IV. Nr. 534, 755.

10) R. O. H. G. XVI. S. 122; v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 375; Grünhut, Commissionshandel §. 33 S. 306; in Endemann's Hdb. III. §. 319 S. 221. — Anders Goldschmidt, H. R. I. §. 97 S. 1026, welcher rücksichtlich der Zulässigkeit der Vereinbarung des außergerichtlichen Pfandverkaufes nur die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes, nicht aber Art. 311 H. G. B. entscheiden lassen will. [Nr. 839.

10a) Adler-Clemens, Entsch. V.

11) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 375.

12) So auch nach ung. u. bosn. H. R., wie die Allegirung von §. 207 in §. 380 ung. H. G. und §. 325 in §. 393 bosn. H. G. zeigt.

13) So auch die herschende Lehre; vgl. hiezu Staub, Comm. §. 1 zu Art. 375, welcher jedoch Art. 375 auf die Realisirung des Pfandrechtes nicht bezogen wissen will.

Verhältnisse zwischen Committent und Commissionär und dessen Gläubigern die Forderung des Committenten erscheint (Art. 368 Abs. 2). Der Committent und dessen Gläubiger können aber nur so viel von dem Kaufpreise fordern, als nach Befriedigung der Forderungen des Commissionärs noch erübrigt; denn wenn auch der Commissionär nach Art. 361 dem Committenten seine Kaufpreisforderung abzutreten, oder den empfangenen Kaufpreis zu zahlen schuldig ist, so braucht er den Committenten seine Kaufpreisforderung nicht eher abzutreten, als er nicht selbst von ihm befriedigt ist, und kann mit dem empfangenen Kaufpreise seine Forderung compensiren. Auch der Einkaufscommissionär braucht seine Forderung auf die Lieferung der Waare dem Committenten nicht abzutreten, ehe er von ihm befriedigt wird.[14])

IV. Neben dem gesetzlichen Pfandrechte und dem Compensationsrechte besteht auch für den Commissionär das allgemeine kaufmännische Retentionsrecht im Sinne des Art. 313—315 (s. oben §. 98). Jedoch darf das Retentionsrecht nicht etwa einer vom Commissionär übernommenen Verpflichtung oder einer vom Committenten noch rechtzeitig ertheilten Vorschrift widersprechen[15]) (Art. 313 Abs. 3).[16])

§. 162.

B. Verhältniß des Commissionärs zum dritten Contrahenten.[1])

Aus der Natur des Commissionsvertrages ergibt sich, wie oben (§. 195) bereits erwähnt wurde, daß die Ausführung des Auftrages ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Committenten und dem Dritten, mit welchem der Commissionär contrahirt hat, nicht hervorbringt (Art, 360 Abs. 2).[2]) Der Commissionär contrahirt im eigenen Namen, er ist selbst Gläubiger oder Schuldner dieses Dritten, dem gegenüber er überhaupt nicht als Commissionär, sondern als selbständiger Contrahent erscheint. Der Commissionär allein kann aus dem mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfte klagen, bezw. geklagt werden; der Committent bedarf, um wegen Nichterfüllung des Geschäftes klagen zu können, der Abtretung der contractlichen Rechte seitens des Commissionärs (Art. 368 Abs. 1)[3]), welche allerdings auch erzwungen werden kann (Art. 361 a. E.)[4]), doch muß er sich diesfalls, da er nicht sein eigenes, sondern ein vom Commissionär abgeleitetes Forderungsrecht geltend macht, alle Einwendungen gefallen lassen, welche der dritte Contrahent dem Commissionär hätte entgegensetzen können. Dasselbe gilt vom dritten Contrahenten, wenn er

14) Vgl. hiezu Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 319 S. 219 u. f.

15) Goldschmidt, H. R. I. §. 97 S. 1019; Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 494; Gotter im Centralorgan (N. f.) III. S. 471 ff.; Thöl, H. R. §. 233; v. Hahn, Comm. II. zu Art. 313.

16) Vgl. ung. H. G. §. 309; bosn. §. 326.

1) Vgl. außer den Comm. u. Lehr- u. Handbüchern des H. R. Grünhut, das Recht des Commissionshandels §. 35. — H. G. B. Art. 360 Abs. 2, 368; ung. H. G. §§. 368 Abs. 2, 374; bosn. H. G. §§. 381 Abs. 2, 387.

2) Ung. H. G. §. 368 Abs. 2; bosn. §. 381 Abs. 2. Vgl. Adler-Clemens I. Nr. 83; II. Nr. 243.

3) Ung. H. G. §. 374 Abs. 1; bosn. [§. 387 Abs. 1.

4) Ung. H. G. §. 369 Abs. 1, a. E. bosn. §. 382 Abs. 1, a. E.

klageweise gegen den Committenten auftritt; auch er bedarf der Cession des Klagerechtes seitens des Commissionärs, der jedoch hiezu nicht gezwungen werden kann.[5]) Hieran ändert sich nichts, wenn der Committent bei Abschluß des Geschäftes genannt wurde.

Im inneren Verhältnisse zwischen dem Committenten und dem Commissionär und dessen Gläubigern gilt kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes (Art. 368 Abs. 2)[6]) der Committent als Forderungsberechtigter; denn der Commissionär contrahirt nicht für seine eigene Rechnung, sondern für Rechnung und im Interesse des Committenten. Dies hat auch zur Folge, daß wenn der Commissionär auf das Interesse wegen Nichterfüllung des Geschäftes klagt, nicht sein, sondern des Committenten Interesse, nicht sein, sondern des Committenten Schaden in Betracht kommt.[7]) Insbesondere wird dies von Bedeutung im Falle des Concurses des Commissionärs; denn diesfalls steht auf Grund dieser Bestimmung des Gesetzes dem Committenten das ausschließliche Forderungsrecht zu, und seine Forderung kann nicht in die Concursmasse einbezogen werden, sofern sie noch aufrecht besteht und nicht etwa zwischen dem in Concurs gerathenen Commissionär und dem Dritten bereits beglichen erscheint.[8])

§. 163.

5. Endigung des Commissionsvertragsverhältnisses.[1])

Das zwischen dem Commissionär und dem Committenten bestehende Vertragsverhältniß hört auf:

1. wie jeder Vertrag, durch Erfüllung, d. i. durch Ausführung des übernommenen Auftrages und Lösung aller daraus entstandenen Verbindlichkeiten;

2. wie jeder Vertrag, durch unverschuldet eingetretene Unmöglichkeit der Ausführung, z. B. wenn das Object des Commissionsgeschäftes dem Verkehre entzogen oder durch Zufall zerstört wird. Der Beweis, daß die Unmöglichkeit der Ausführung eine unverschuldete war, obliegt dem Commissionär[1a]);

3. wie jeder Consensualvertrag, durch mutuus dissensus des Committenten und Commissionärs;

4. durch Widerruf seitens des Committenten[2]) (arg. Art. 377).[3])

---

5) Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 320 S. 224. [§. 387 Abs. 2.

6) Ung. H. G. §. 374 Abs. 2; bosn.

7) Vgl. v. Hahn, Comm. II. zu Art. 368; Zimmermann im Neuen Arch. f. H. R. I. S. 48-82, insbes. S. 62 ff.; R. O. H. G. XI. S. 256 ff.; XIV. S. 400; XVII. S. 78, 79; XXII. S. 253.

8) Grünhut in cit. Hdb. S. 127; Brix H. G. zu Art. 368. Vgl. Perl in Busch's Arch. XLVIII. S. 94 ff.

1) Grünhut, Das Recht des Commissionshandels §. 37; in Endemann's Hdb. III. §. 322; Endemann, H. R. (4. Aufl.) §. 195; Gareis, H. R. (4. Aufl.) §. 64.

1a) Vgl. R. O. H. G. XIX. S. 211 ff. (für die Speditionscommission).

2) Vgl. außer den Commentaren zum H. G. B. zu Art. 377: Siebenhaar in seinem Arch. (N. F.) II. S. 236 ff.; Grünhut, Comm. §. 37; in cit. Hdb. §. 322.

3) Ung. H. G. §. 382; bosn. §. 395. — Vgl. §. 1020 a. b. G. B.

Dies ergibt sich aus der mandatähnlichen Natur des Commissionsvertrages. Dem Committenten, der sich des Commissionärs als Hilfsperson bedient, und diesem in der Regel aus besonderem Vertrauen den Auftrag ertheilt hat, muß es frei stehen, dieses Verhältniß durch Widerruf lösen zu können, wenn nicht eine eventuell seine Interessen und den Erfolg der durch die Commission beabsichtigten Handelsoperation gefährdende Gebundenheit und Unfreiheit des Committenten geschaffen werden soll, wodurch er gegen seinen Willen und gegen seine Einsicht gezwungen würde, seine Interessen Jemandem anvertrauen zu müssen, zu dem er kein Vertrauen mehr hat.[4]) Wie jede Willenserklärung muß auch der Widerruf deutlich und klar sein, er kann aber nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch concludente Handlungen erfolgen (§. 863 a. b. G. B.)

Voraussetzung des Widerrufes ist, daß der Auftrag noch nicht ausgeführt ist, und in Fällen, in welchen dem Commissionär das Recht zusteht, als Selbstcontrahent in das aufgetragene Geschäft einzutreten, daß der Commissionär eine diesbezügliche Erklärung noch nicht abgegeben hat. Abgesehen von letzterem Falle, welchen allein das Gesetz in Art. 377 behandelt, ist der Widerruf einer Commission bedeutungslos, wenn zur Zeit seines Eintreffens beim Commissionär die Commission bereits ausgeführt worden ist.[5]) In welchem Zeitpunkte eine Commission als ausgeführt anzusehen ist, ist Thatfrage (z. B. im Falle die Ausführung durch Abschluß mit einem Dritten erfolgt, im Augenblicke dieses Abschlusses).[6]) Ob die Anzeige der Ausführung bereits erstattet ist oder nicht, ist in diesem Falle ohne Bedeutung.[7])

Die Wirkung des Widerrufes ist jedoch eine verschiedene, je nachdem er vor oder nach Beginn der Ausführung erfolgt. In ersterem Falle erlischt der Auftrag so, als ob er niemals gemacht worden wäre. In letzterem Falle erlischt der Auftrag für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit[8]), d. h. der Committent muß als für seine Rechnung geschehen anerkennen, was bis dahin vom Commissionär seinem Auftrage gemäß ausgeführt wurde, und was bis dahin an Rechten und Pflichten bereits entstanden ist, bleibt bestehen. Es gebührt daher dem Commissionär Ersatz der nothwendigen und nützlichen Verwendungen und Auslagen, ein angemessener Theil der Provision, und es steht ihm das gesetzliche Pfandrecht nach Art. 374 zu.

Was der Commissionär, nachdem er Kenntniß vom Widerruf erhalten hat, thut, unternimmt er auf seine Gefahr und für seine Rechnung. Die Kenntniß des Widerrufs hat der Committent zu beweisen, nicht aber auch den Umstand, daß der Auftrag zur Zeit des Eintreffens des Widerrufes noch nicht erfüllt gewesen sei.[9]) Es gelten hier im Allgemeinen dieselben Grundsätze wie bei der Offerte, und sobald das Eintreffen des Widerrufs beim Commissionär bewiesen wird, ist die Kenntnißnahme seitens

4) Grünhut, Commiss.-H. S. 368 f.
5) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu [Art. 377.
6) v. Hahn a. a. O.
7) v. Hahn a. a. O.
8) Grünhut in Endemann's Hdb. S. 234 ff.
9) Grünhut a. a. O.; R. O. H. G. V. S. 282 f.; XVI. S. 305.

des Commissionärs zu präsumiren[10]) (Art. 320).[11]) Der Beweis, daß der Auftrag bereits erfüllt war, obliegt dem Commissionär.

Eine bestimmte Vorschrift enthält das H. G. B. rücksichtlich der Wirksamkeit des Widerrufs im Falle des Selbsteintrittsrechtes des Commissionärs, d. h. mit anderen Worten, rücksichtlich der Frage, bis zu welchem Zeitpunkte der Committent den Selbsteintritt des Commissionärs verhindern kann. In solchem Falle muß nach Art. 377[12]) der Widerruf des Committenten bei dem Commissionär eintreffen, ehe der Commissionär dem Committenten seinen Eintritt in das Geschäft erklärt, bezw. die Anzeige seines Entrittes behufs ihrer Absendung an den Committenten abgegeben hat. (Näheres siehe unten §. 165, VI.).

Der Committent kann den Widerruf auch zurücknehmen, doch muß die Anzeige der Zurücknahme des Widerrufs früher als der Widerruf selbst oder mindestens gleichzeitig mit diesen beim Commissionär eintreffen.[13])

Wenn mehrere Committenten einen und denselben Commissionär gemeinschaftlich beauftragt haben, so kann, wenn der Auftrag auch nur für einen von ihnen ein Handelsgeschäft ist (Gelegenheitsgesellschaft, Art. 266—270)[14]), jede der mehreren solidarisch berechtigten Committenten für sich allein den von allen Committenten (Gelegenheitsgesellschaftern) gemeinschaftlich ertheilten Auftrag wiederrufen.[15])

4. Durch Aufkündigung seitens des Commissionärs.[16]) — Der einmal übernommene Auftrag muß in der Regel erfüllt werden. Doch kann der Commissionär, ohne schadenersatzpflichtig zu werden, ex iusta causa aufkünden, wenn für ihn ein „unvorhergesehenes und unvermeidliches Hinderniß" (§. 1021 a. b. G. B.) der Ausführung eingetreten ist. Doch auch diesfalls muß er den Committenten sobald als möglich von seiner Aufkündigung verständigen, damit dieser in der Lage sei, das vom Commissionär nicht ausgeführte Geschäft entweder selbst auszuführen oder einen anderen Commissionär damit zu beauftragen, widrigenfalls der Commissionär schadenersatzpflichtig wird.[17]) Auch muß er Unaufschiebbares selbst vornehmen, bis vom Committenten eine andere Verfügung getroffen werden konnte[18]) (§. 1025 a. b. G. B.) Im Falle solidarischen Auftrages seitens mehrerer Committenten genügt es zur Befreiung des Commissionärs, wenn er auch nur einem der Committenten aus einem unvorhergesehenen unvermeidlichen Ereignisse gekündigt hat. Das Hinderniß

---

10) Grünhut a. a. O.; v. Hahn a. a. O. §. 2 zu Art. 377.

11) Ung. H. G. §. 316; bosn. §. 322.

12) Ung. H. G. §. 382; bosn. §. 395.

13) v. Hahn, Comm. II. §. 4 zu Art. 377; Staub, Comm. §. 2 zu Art. 377. — Anders Puchelt, Comm. zu Art. 377.

14) Ung. H. G. §. 62; bosn. §. 66.

15) Grünhut, Commissionshandel §. 37 S. 369, 370.

16) Vgl. hiezu Grünhut, Commiss. §. 37 S. 378 ff.

17) Vgl. §. 11 J. mand. 3, 26: „susceptum" (scil. mandatum) „consumendum est aut quamprimum renuntiandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur."

18) Anders Preuß. L. R. I. 13 §. 214; (vgl. Dernburg, Preuß. Pr. R. II §. 183 S. 459).

kann ein subjectives, die Person des Commissionärs betreffendes, oder ein objectives, dem Geschäfte selbst anhaftendes sein.[19])

5. Durch den Tod des Committenten oder Erlöschung seiner Firma. Ist der Committent Kaufmann, so erlischt die Commission durch den Tod des Committenten an und für sich nicht, außer es ginge ein anderer Wille aus seiner Erklärung oder den Umständen des Falles hervor (Art. 297 H. G. B.)[20]), wohl aber wird dann in der Regel stillschweigender Widerruf des Committenten angenommen werden können, wenn die Firma des Committenten infolge Geschäftsaufgebung ohne Concurseröffnung zu bestehen aufhört. Im Falle der Committent nicht Kaufmann ist, ist es quaestio facti, ob der Auftrag als durch den Tod des Committenten aufgehoben anzusehen ist oder nicht.[21])

6. Durch den Tod des Commissionärs; Uebergang und Erlöschung seiner Firma. Es ist im einzelnen Falle Thatfrage, ob die Commission durch den Tod des Commissionärs erlischt, was im Handelsrecht im Zweifel nicht zu präsumiren ist[22]), da der Committent in der Regel den Auftrag nicht bloß im Vertrauen auf die Person des Commissionärs, sondern auf dessen Geschäftsorganismus und Firma ertheilt.[23]) Ist die Firma als solche beauftragt worden, so geht das Mandat bei Uebertragung oder Uebergang der Firma auf einen neuen Inhaber auf diesen über, und dieser darf in der Regel die dem Vorgänger gegebene Commission ausführen; ob er aber dazu verpflichtet ist, hängt davon ab, ob er auch die Passiven (Verpflichtungen) der Gesellschaft auf sich genommen hat. Jedenfalls aber ist der bisherige Firmainhaber verpflichtet, dem Committenten den Firmaübergang anzuzeigen, damit dieser seinem Rechte gemäß sich erklären könne, ob er die Commission fortbestehen lassen will oder nicht. Dasselbe gilt im Falle des Erlöschens der Firma des Commissionärs. Geht aus den Umständen des einzelnen Falles ausnahmsweise hervor, daß der Committent die Commission nur im Vertrauen auf die Person des Commissionärs gegeben hat, so erlischt sie mit dem Tode des Commissionärs, jedoch ist der Erbe des Commissionärs auch hier zur Vornahme des Dringlichen und Unaufschiebbaren verpflichtet[26]) (§. 1025 a. b. G. B.)

7. Durch Concurseröffnung über das Vermögen des Committenten oder des Commissionärs (§. 1024 a. b. G. B.) und durch rechtliche Unfähigkeit des Commissionärs oder Committenten zu selbständiger Vermögensverwaltung; denn in diesen beiden Fällen tritt eine derartige Aenderung des status quo ein, daß die Annahme der Fortdauer der Commission ausgeschlossen ist.[25]) Doch muß auch in den Fällen des Concurses und der Unfähigkeit des Committenten der Commissionär Dringliches und Unaufschiebbares mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vornehmen (arg. §. 1025 a. b. G. B.).

---

19) Grünhut, Commissionshandel §. 37 S. 380 ff.

20) Ung. H. G. §. 289; bosn. §. 310.

21) Grünhut, Commiss. S. 385 f.

22) Vgl. §. 1022 a. b. G. B.

23) Grünhut, Commiss. S. 387.

24) Näheres Grünhut a. a. O. S. 388 f.

25) Grünhut a. a. O. S. 389 f.

§. 164.

4. Besondere Arten der Commission.

a) Commission mit stare del credere.[1])

Es gilt bei der Commission als Regel, daß, wenn der Commissionär bei Ausführung des Auftrages mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist, das dem Auftrage gemäß abgeschlossene Geschäft auf Gefahr des Committenten steht: durfte der Commissionär als ordentlicher Kaufmann zur Zeit des Abschlusses des aufgetragenen Geschäftes Erfüllungsfähigkeit des dritten Contrahenten annehmen, so haftet er nur für die Richtigkeit (veritas), nicht auch für die Einbringlichkeit (bonitas) der Forderungen des dritten Contrahenten. Eine Erweiterung dieser Haftung des Commissionärs kann nur eintreten, wenn er eine solche ausdrücklich übernommen hat, oder wenn eine weitergehende Haftung am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist. Dies ist das sog. stare del credere. Der Commissionär steht diesfalls für die Zahlung oder für die anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeit des Contrahenten ein, d. h. er übernimmt die Gefahr des Einganges der für Rechnung des Committenten erworbenen Forderungen, und er wird hiedurch dem Committenten für die gehörige Erfüllung des Geschäftes im Zeitpunkte des Verfalles unmittelbar und persönlich verhaftet (Art. 370 Abs. 1 u. 2), er muß, wenn der dritte Contrahent nicht erfüllt, sei es daß er zahlungsunfähig oder in mora ist, selbst erfüllen. Der Committent ist diesfalls unabhängig von der Erfüllung durch den dritten Contrahenten, der Commissionär kann ihm nicht zumuthen, daß er sich zunächst die Forderung gegen den Dritten abtreten lasse und auf Grund der Cession die Geltendmachung derselben bei dem Dritten versuche.[3]) Wohl aber ist der Committent — und dies wird besonders wichtig, wenn der del credere stehende Commissionär in Concurs geräth[3a]) — berechtigt, die Abtretung der Forderung zu verlangen[4]), und er kann zunächst deren Geltendmachung gegen den Dritten versuchen, ohne hiedurch etwas von seinen Rechten gegen den Commissionär zu vergeben.[5]) Doch haftet der Commissionär nur soweit die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich gefordert werden kann (Art. 370 Abs. 2), d. h. nicht weiter als der Dritte haften würde, und er hat alle Einreden, welche dem Dritten zustehen, nur daß der Committent, wenn der Commissionär selbst die Existenz der Einrede verschuldet hat, die exceptio doli hat.[6]) Die Uebernahme einer unbedingten Haftung seitens des Commissionärs ist Creditassecuranz, und nicht mehr stare del credere.[7])

1) Vgl. außer den Comm. u. Lehr- und Handbüchern des H. R. Grünhut, Recht des Commissionshandels §. 36. — H. G. B. Art. 370; ung. H. G. §. 376; bosn. §. 389. — (Vgl. auch oben §. 115, III).

2) Vgl. ung. H. G. §. 376; bosn. §. 389, welche jedoch nur die Bestimmung des Art. 370 Abs. 1 H. G. B. enthalten.

3) R. O. H. G. IX. S. 231 ff.; XIX. S. 55.

3a) Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 321 S. 232.

4) R. O. H. G. IX. S. 231 ff.

5) Staub, Comm. §. 4 zu Art. 370.

6) Prot. S. 710 ff.; R. O. H. G. XXI. S. 146 ff.

7) Vgl. R. O. H. G. V. S. 351 ff.

Ueber den juristischen Charakter des stare del credere wurde bereits oben (§. 115, III.) gesprochen.

Für die erweiterte Haftung gebührt dem Commissionär nach Art. 370 Abs. 3[8]) die Delcredere-Provision (s. hierüber oben §. 115, III.). Bestritten ist, ob der Commissionär auch dann die Delcredere-Provision beanspruchen kann, wenn in concreto begrifflich von einer Gefahr für den Committenten keine Rede sein kann. Es dürfte jedoch die Delcredere-Provision ausgeschlossen sein, wenn begrifflich von einem Einstehen für die Gefahr eine Rede nicht sein kann.[9])

§. 165.

b) Verkaufs- und Einkaufscommission.[1])

I. Verkaufs- bezw. Einkaufscommission ist jene, bei welcher der Commissionär es übernimmt, das Commissionsgut (bestimmte Waaren) im eigenen Namen, aber für Rechnung des Committenten „bestmöglich" zu verkaufen bezw. zu kaufen.[2])

II. Zu diesem Zwecke ist dem Verkaufscommissionär meist ein Limitum vorgeschrieben, unter dem er nicht verkaufen darf. Hat nun der Commissionär unter dem Limitum, d. i. „unter dem ihm gesetzten Preise" verkauft, „so muß er dem Committenten den Unterschied im Preise vergüten, sofern er nicht beweist, daß ein Verkauf zu dem gesetzten Preise nicht ausgeführt werden konnte, und die Vornahme des Verkaufes von dem Committenten Schaden abgewendet hat" (Art. 363).[3]) Der Com-

---

8) Ung. H. G. §. 377 Abs. 2; bosn. §. 390 Abs. 2.

9) Grünhut, Recht des Commiss. S. 364 ff.; in Endemann's Hdb. §. 321 S. 233 f., Staub, Comm. §. 7 zu Art. 370. (Anders v. Hahn, Comm. §. 8 zu Art. 370).

1) Vgl. außer den Hand- und Lehrbüchern und Commentaren des H. R. Grünhut, Commissionshandel §§. 38 ff.; v. Hahn in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 1 ff. (auch separat); Voigt ebenda XXV. S. 183 ff.; dann Die Haftbarkeit des Einkaufscommissionärs für die Bestellungsmäßigkeit der dem Committenten übersandten Waaren; Lepa, Die Lehre von Selbsteintritt des Commissionärs in Einkaufs- u. Verkaufsaufträgen; Schaps, Selbsteintrittsrecht des Commissionärs (Dissert.); Eschenbach in Ztschr. f. H. R. XLI. S. 1 ff.; Salman, a. a. O. S. 365 ff.; Pfizer ebda. XLII. S. 96 ff. — H. G. B. Art. 363 ff.; ung. H. G. §§. 370 ff.; bosn. §§. 383 ff.

2) Nicht hieher gehört die sog. Buchhändlerische Commission. Der als „Commissionär" bezeichnete buchhändlerische Agent ist nicht Commissionär im Sinne des H. G. B.; denn er handelt nicht im eigenen Namen, wie der Commissionär (Art. 360), sondern im Namen seines Auftraggebers (d. i. des Verlags- oder Sortimentsbuchhändlers) als dessen Vertreter. Seine Aufgabe besteht auch nicht darin, die Verträge zwischen Verleger und Sortimenter abzuschließen, sondern darin, daß er als Vertreter des Verlegers oder des Sortimentsbuchhändlers auf dessen Auftrag für Rechnung und im Namen desselben die von ihm oder für ihn eingehenden Drucksachen und Zahlungen empfängt und weiterbefördert. (Vgl. O. Wächter in Ztschr. f. H. R. II. S. 484 ff.; Gad, H. R. S. 275 ff.; Schürmann, Usancen des deutschen Buchhandels 2. Aufl. S. 151 f.; Buhl, Rechtsgeschichte des Sortimentsbuchhandels S. 48, 49 Note 151 u. dort cit.; v. Hahn, Comm. II. Note 12 zu Art. 380; Grünhut, Commissionshandel S. 393 Note **. Vgl. auch Wiener in Ztschr. f. H. R. XL. S. 367 ff. [§. 383.

3) Vgl. ung. H. G. §. 370; bosn.

missionär, welcher unter dem Limitum verkauft, handelt auftragswidrig; er soll daher, wenn er das Limitum nicht erzielen kann, gar nicht verkaufen und die Waare dem Committenten zur Verfügung stellen. Verkauft er dennoch, so macht er sich dem Committenten verantwortlich und kann von diesem auf Ersatz der Preisdifferenz oder des Schadens überhaupt (d. i. mindestens der Preisdifferenz) oder auch auf Herausgabe des Commissionsgutes belangt werden.[4]) Der Schaden kann unter Umständen größer sein als die Preisdifferenz, nämlich dann, wenn z. B. der Commissionär die sich bietende Gelegenheit, über dem Limitum zu verkaufen, schuldvoller Weise unbenutzt vorübergehen ließ[4a]), welche Umstände der Committent zu beweisen hätte, oder wenn infolge des wohlfeileren Verkaufes der Marktpreis der Waare, von welcher der Committent noch weitere Vorräthe hat, sinkt bezw. nicht steigt, oder wenn der Committent infolge des niedrigeren Verkaufspreises anderen Verkäufern eine Conventionalstrafe zahlen mußte.[5]) Der Committent kann den auftragswidrigen Verkauf nach seinem Belieben genehmigen oder zurückweisen; doch gilt das bloße Schweigen nicht als Genehmigung.[6]) Nur in dem Falle, als der Commissionär nachweist, daß ein Verkauf zum Minimalpreise nicht möglich war und daß der Verkauf von dem Committenten einen Schaden abgewendet hat, ist der Committent gezwungen, die Ausführung des Auftrages zu genehmigen. Hiebei kommt es lediglich auf den thatsächlichen (finanziellen) Erfolg des Geschäftes an. Mag der Commissionär bei Verkauf des Gutes unter dem Limitum auch noch so gewissenhaft und sorgfältig vorgegangen sein, so kann er sich doch nicht von der Verpflichtung zur Vergütung der Differenz befreien, wenn nicht der thatsächliche Erfolg für ihn spricht, sein guter Glaube, einen Schaden abgewendet zu haben, genügt nicht[7]), er muß beweisen, daß ein höherer Preis auch durch Zuwarten nicht hätte erzielt werden können, daß vielmehr der Preis der Waare immer mehr sank.[8])

Es ist im Interesse des Committenten, möglichst billig zu kaufen; er kann daher dem Commissionär eine Maximalgrenze vorschreiben, über welche dieser nicht hinausgehen darf. Der Einkaufscommissionär, welcher den gesetzten Preis überschreitet, handelt auftragswidrig; der Committent kann daher den zu höherem Preise besorgten Einkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen (Art. 364 Abs. 1).[9]) Er muß sich jedoch diesfalls ohne Verzug aussprechen, widrigenfalls sein Schweigen als Genehmigung des Geschäftes anzusehen ist (Art. 364 Abs. 2).[10]) Weist

---

4) v. Hahn, Comm. II. §. 7 zu Art. 363; Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 238; Fuchsberger-Gareis, Comm. Anm. 31 zu Art. 360; Cosack, H. R. S. 185 (2. Aufl.); anders Staub §. 12 zu Art. 363.

4a) v. Hahn a. a. O.; R. O. H. G. II. S. 88 ff.

5) v. Hahn a. a. O. [S. 239.

6) Grünhut im cit. Hdb. III. §. 323

7) R. O. H. G. IX. S. 19; v. Hahn, Comm. §. 4 zu Art. 363.

8) R. O. H. G. IV. S. 1 ff., IX. S. 19 ff.; R. G. Erk. v. 13. Mai 1882 bei Puchelt, Comm. II. Nr. 7 zu Art. 363.

9) Ung. H. G. §. 370 Abs. 2; bosn. §. 383 Abs. 2.

10) Ung. H. G. §. 370 Abs. 3; bosn. §. 383 Abs. 2. — Vgl. R. O. H. G. II. S. 88 ff.

der Committent das Geschäft zurück, so stellen sich seine Ansprüche verschieden, je nachdem dem Commissionär der Einkauf zum limitirten Preise unmöglich war, oder derselbe es versäumte, dem Committenten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes pflichtgemäß von dem eingetretenen Hindernisse Mittheilung zu machen, oder eine sich hiezu bietende Gelegenheit durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes unbenützt vorübergehen ließ.[11]) In ersterem Falle hat er nur das Recht der Zurückweisung des Geschäftes, im zweiten Falle auch das Recht auf Schadenersatz. Die Beweislast für die Unmöglichkeit der Ausführung des Kaufes zum Limitopreise obliegt dem Commissionär, jene der versäumten Gelegenheit dem Committenten.

Erbietet sich der Commissionär zugleich[12]) mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Preisunterschiedes, so kann der Committent das Geschäft nicht zurückweisen (Art. 364 Abs. 1).[13])

Ob bei einer Verkaufs- oder Einkaufscommission ein Limitum überhaupt vorliegt, ist im einzelnen Falle Thatfrage.[14])

III. Bei der Verkaufscommission ist der Commissionär schon dann zur Creditirung des Kaufpreises berechtigt, wenn dies Handelsgebrauch am Orte der Erfüllung des Geschäftes ist und nicht ausdrücklich oder stillschweigend vom Committenten untersagt ist (Art. 369 Abs. 2).[15]) Eine unbefugte Creditgewährung seitens des Verkaufscommissionärs liegt daher erst dann vor, wenn er durch dieselbe einen Handelsgebrauch am Erfüllungsorte oder eine imperative Vorschrift des Committenten verletzt. Hat nun der Verkaufscommissionär unbefugt auf Credit verkauft, so hat er dem Committenten, falls dieser dies nicht genehmigt, sofort als Schuldner des Kaufpreises Zahlung zu leisten (Art. 369 Abs. 3).[16]) Jedoch hat der Committent keinesfalls auf mehr Anspruch, als bei vertragsmäßiger Ausführung des Auftrages erzielt worden wäre.[17]) Beweist daher der Commissionär, daß beim Verkaufe gegen baar der Preis ein geringerer gewesen wäre, so hat er dem Committenten den Preis nur in letzterem Ausmaaße zu vergüten, bezw. wenn ein Limitopreis festgesetzt ist, und beim Verkauf gegen baar das limitirte Minimum nicht hätte erreicht werden können, nur die Differenz nach Art. 363 (s. oben unter II.) zu ersetzen (Art. 369 Abs. 3).

IV. Daß die sog. Auslieferungsprovision hauptsächlich bei Verkaufscommissionen in Betracht kommt, wurde bereits oben (§. 160) erwähnt. Dem dort Gesagten ist hier nur noch beizufügen, daß auch darüber, ob, wenn nur ein Theil der Commissionsgüter verkauft worden ist, bezüglich des unverkauften Theiles die Auslieferungsprovision ge-

11) Grünhut im cit. Hdb. III. §. 324 S. 243.

12) v. Hahn, Commentar §. 1 zu Art. 364.

13) Ung. H. G. §. 370 Abs. 2; bosn. §. 383 Abs. 2.

14) v. Hahn Comm. II. §. 3 zu Art. 363; Staub, Comm. §. 2 zu Art. 363.

15) Ung. H. G. §. 375 Abs. 2; bosn. §. 388 Abs. 2.

16) Ung. H. G. §. 375 Abs. 3; bosn. §. 388 Abs. 3.

17) Grünhut im cit. Hdb. III. §. 325 [S. 246.

fordert werden kann oder nicht, die Vereinbarung der Parteien und in Ermanglung einer solchen der Ortsgebrauch entscheidet.

V. Bei der Verkaufscommission bleibt das Commissionsgut (die zu verkaufende Waare), auch nachdem es dem Commissionär übergeben ist, Eigenthum des Committenten, bis es seitens des Commissionärs dem dritten Contrahenten übergeben worden ist.[18]) Bei der Einkaufscommission ist jedoch die Frage nach dem Eigenthum an dem Commissionsgute sehr bestritten.[19]) Da der Commissionär zwar für Rechnung des Committenten, aber in eigenem Namen kauft, ist wohl anzunehmen, daß er Eigenthümer des Commissionsgutes wird, und daß er sodann sein Eigenthum auf den Committenten, sei es durch Tradition oder durch constitutum possessorium, überträgt.[20]) Dies schließt jedoch nicht aus, daß der Commissionär gleich von vornherein die Absicht und den Willen habe, daß das Eigenthum unmittelbar auf den Committenten übertragen werde. Es ist daher im einzelnen Falle Thatfrage, ob der Commissionär unmittelbar dem Committenten oder zunächst sich selbst Besitz und Eigenthum erwerben wolle.[21]) Bei individuell bestimmten Sachen (species) wird in der Regel Ersteres[22]), bei vertretbaren oder generell bestimmten Sachen in der Regel das Letztere der Fall sein.[23])

VI. Schon oben (§. 156, I.) wurde des *Selbsteintritts* des Einkaufs- und Verkaufscommissionärs in das Geschäft als einer besonderen Erfüllungsform der Commission und des *Selbsteintrittsrechtes* des Einkaufs- und Verkaufscommissionärs als eines besonderen Rechtes gedacht.[24]) Es ist dies das dem Einkaufs- und Verkaufscommissionär vom Gesetze unter gewissen Voraussetzungen *ausnahmsweise*[25]) eingeräumte Recht, statt das aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abzuschließen, selbst dem Committenten gegenüber als Contrahent aufzutreten, oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, „das Gut, welches er ein-

18) Cosack, H. R. §. 39 S. 189; vgl. R. G. XXIV. S. 307 ff. — Vgl. a. b. G. B. §§. 1062, 1063.

19) Näheres über diese Streitfrage s. bei Grünhut, Commissionshandel S. 440 ff. (Anmerkung); vgl. auch Perl in Busch's Arch. f. H. u. W. R. XLVIII. S. 94; Jung, Eigenthumsübergang beim Commissionseinkauf (1872).

20) v. Hahn, Comm. II. Zusätze zu Art. 368; Cosack, H. R. S. 190.

21) Vgl. Grünhut im cit. Hdb. III. S. 248.

22) Vgl. Grünhut ebenda S. 249.

23) Vgl. Grünhut ebda. S. 249, 250.

24) Vgl. außer den Lehr- und Handbüchern und Comm. des H. R. Gad in Ztschr. f. H. R. XIV. S. 234 ff.; Anschütz ebenda XVII. S. 1 ff.; Römer ebenda XIX. S. 67 ff.; v. Hahn ebenda XXIX. S. 1 ff. (auch separat); Muskat XXXIII. S. 507 ff.; Eschenbach ebenda XLI S. 1 ff.; Salman ebenda XLI. S. 365 ff; v. Kräwel in Busch's Arch. VIII. S. 464 ff.; Grünhut in seiner Ztschr. V. S. 104 ff.; u. Commissionshandel S. 452 ff.; Lepa, Selbsteintritt des Commissionärs; Paul Abraham, Ueber den Eintritt des Commissionärs als Selbstcontrahent. Handbuch 1884 (Dissert.); G. Schaps, Das Selbsteintrittsrecht des Commissionärs, Berlin 1887 (Dissert.); Horchler, Ueber den Eintritt des Commissionärs als Eigenhändler (Erlangen, Diss.); Ofner in Gerichtshalle Nr. 29 v. 1892; Hartmann in Busch's Arch. XLII. S. 121 ff.; Rümelin, Das Selbstcontrahirungsrecht des Stellvertreters nach gemeinem Rechte (1888).

25) Vgl. Grünhut in Endemann's Hdb. §. 328 S. 251.

kaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten" (Art. 376).[26]) Es erscheint sohin einerseits der Selbsteintritt des Einkaufs- oder Verkaufscommissionärs als eine besondere Art der Erfüllung des aufgetragenen Geschäftes, andererseits aber wird der Commissionär, welcher von der ihm vom Gesetze unter gewissen Voraussetzungen eingeräumten Befugniß, dem Committenten gegenüber selbst als Verkäufer bezw. als Käufer aufzutreten, Gebrauch macht, selbst Verkäufer bezw. Käufer. Es gelten sohin für dieses Rechtverhältniß alle Bestimmungen über Kauf und Verkauf, insbesondere auch jene wegen Anzeige der Nichtempfangbarkeit der Waare (Art. 347) und jene über die Wirkungen der mora (Art. 354 ff.)[27]), ohne daß aber hiedurch die für die Commissionserfüllung vorgeschriebene Sorgfalt des Commissionärs beseitigt würde, ja der Commissionär darf dann nicht als Selbstcontrahent auftreten, wenn dies gegen das Interesse des Committenten wäre und er sich dadurch einer Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes schuldig machen würde.[28]) Die Voraussetzungen, von welchen das Gesetz (Art. 376 Abs. 1) das Selbstcontrahirungsrecht des Commissionärs abhängig macht, sind: 1. daß der Committent nichts Anderes bestimmt hat, sei es durch ausdrückliches — auch nachträgliches — Verbot oder durch irgendeine Bestimmung, „welche den Eintritt des Commissionärs als Selbstcontrahent ausschließt, mit welcher dieser unverträglich ist".[29]) Wann ein solches stillschweigendes Verbot vorliegt, ist im einzelnen Falle quaestio facti.[30]) 2. Es muß sich um eine Commission zum Einkaufe oder zum Verkaufe von Waaren, Wechseln und Werthpapieren handeln, welche an dem für das Geschäft maßgebenden Handelsplatze[31]) einen Börsen- oder Marktpreis haben, weil hier der Börsen- oder Marktpreis die Schranke bildet, welche der Commissionär zum Nachtheile des Committenten nicht überschreiten darf.[32]) Andere Beschränkungen stellt das Gesetz nicht auf.

Die Wirkung des Selbsteintrittes des Einkaufs- oder Verkaufscommissionärs besteht in erster Linie darin, daß, wie bereits oben bei Aufstellung des Begriffs des Selbsteintrittes erwähnt wurde, der Commissionär zum Verkäufer oder Käufer wird. Er hat daher auch alle Rechte und Pflichten eines Verkäufers oder Käufers. Der Kaufpreis ist entweder der Marktpreis, oder er ist vom Commissionär festgesetzt; in letzterem Falle darf er den Marktpreis nicht übersteigen. Das Kaufgeschäft ist aber „nicht an die Stelle der Commission getreten, sondern erscheint als deren Ausführung, der Commissionär ist aus der Commission zum Nachweise verpflichtet, daß der Verkauf von ihm an den Committenten eine ordnungsmäßige Ausführung der Commission sei, insbesondere, daß

26) Ung. H. G. §. 381; bosn. §. 394.

27) Ung. H. G. §§. 346, 352 ff.; bosn. §§. 364, 370 ff.

28) Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 254, 255.

29) v. Hahn, Comm. II. §. 9 zu Art. 376.

30) Vgl. Staub, Comm. §. 2 zu Art. 376.

31) Grünhut im cit. Hdb. III. S. 253; v. Hahn, Comm. §. 8 zu Art. 376.

32) Grünhut a. a. O.

der angesetzte Kaufpreis den Marktpreis nicht übersteige. Im Ausführungsgeschäfte selbst ist aber kein Moment des Mandates enthalten." [33]) Es wird daher durch die Selbstcontrahirung des Commissionärs seine rechtliche Stellung als Commissionär nicht geändert; und die Commission bleibt auch nach dem Selbsteintritte des Commissionärs den bezüglich des Commissionsgeschäftes bestehenden Vorschriften unterworfen. [33a]) So ist insbesondere der Commissionär auch als Selbstcontrahent verpflichtet, an den Committenten die sofortige Anzeige von der gehörigen Ausführung des Geschäftes zu erstatten. Er erfüllt diese Pflicht durch die einfache allgemeine Anzeige der Ausführung, er braucht nicht ausdrücklich zu sagen, daß er selbst contrahirte, es genügt, wenn er sofort nur mittheilt, daß er erfüllt habe, die nähere Erklärung hierüber aber kann er nachträglich abgeben. Dieser darf er jedoch keinen willkürlichen Inhalt geben, sondern ihr Inhalt liegt in der Thatsache der Ausführung. Der Commissionär kann nicht, wenn er mit dem Dritten das aufgetragene Geschäft abgeschloßen hat, nachträglich erklären, daß er in anderer Weise erfüllt habe. Eine Annahme dieser Erklärung bedarf es nicht. Sowie der Commissionär berechtigt ist, als Selbstcontrahent aufzutreten, so kann ihm auch das Recht nicht versagt werden, den Namen des Dritten bei der Ausführungsanzeige zu verschweigen. Das Gesetz gibt jedoch dem Committenten das Recht und die Wahl, den Commissionär selbst als Käufer bezw. Verkäufer in Anspruch zu nehmen, wenn dieser ihm nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft macht (Art. 376 Abs. 3). Macht der Committent von der Befugniß des Art. 376 Abs. 3 keinen Gebrauch, so kommt es darauf an, wie die Commission thatsächlich ausgeführt wurde. Ueberhaupt ist diesfalls das Rechtsgeschäft insolange nur als Commission zu behandeln als der Committent nicht dem Commissionär erklärt hat, von dem Rechte des Art. 376 Abs. 3 Gebrauch zu machen; erst nach dieser Erklärung ist der Commissionär nicht nur als Commissionär, sondern als Selbstcontrahent anzusehen. [34]) Die Rechenschaftspflicht des Commissionärs aber beschränkt sich auf den Nachweis, daß bei dem berechneten Preise der Börse- oder Marktpreis des Tages, an welchem dem Committenten die Anzeige über die Ausführung des Geschäftes gemacht wurde, eingehalten worden sei. [35]) Endlich steht dem selbstcontrahirenden Commissionär auch das Recht auf Provision, insbesondere auch auf Delcredere-Provision zu, sofern letztere verabredet oder ortsgebräuchlich ist. Auch hat er Anspruch auf Ersatz der bei den Commissionsgeschäften vorkommenden Unkosten z. B. Stempel, Wägegeld &c. [37])

---

33) v. Hahn in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 7.

33a) Vgl. Entsch. bei Adler-Clemens Slg. VI. Nr. 1066; 1101; VII. Nr. 1128, 1189; VIII. Nr. 1410.

34) R. O. H. G. IV. S. 168 ff., XIV. S. 387 ff.; R. G. I. S. 286 ff.

35) R. O. H. G. XIV. S. 387 ff., XXII. S. 236 ff.

36) v. Hahn §. 12 zu Art. 376; Willenbücher H. G. Nr. 5 zu Art. 376; anders Grünhut im cit. Hdb. S. 258.

37) v. Hahn §. 13 zu Art. 376.

Das Selbstcontrahirungsrecht erlischt durch Widerruf der Commission, jedoch muß der Widerruf beim Commissionär eintreffen, ehe dieser die Anzeige der Ausführung des Auftrages behufs ihrer Absendung abgegeben hat (Art. 377).[38]) Hiedurch ist die dem Committenten gewährte Frist des wirksamen Widerrufes bei der Commission mit Selbstcontrahirung im Vergleiche zu der bei der gewöhnlichen Commission hiefür gewährten Frist verlängert. Während bei der gewöhnlichen Commission der Widerruf nur wirksam ist, wenn er einlangt, ehe der Auftrag ausgeführt wurde, daher bedeutungslos ist, wenn die Commission zur Zeit seines Eintreffens beim Commissionär bereits ausgeführt ist, ist es für das Erlöschen des Selbstcontrahirungsrechts durch Widerruf der Commission gleichgiltig, ob der Selbsteintritt bereits erfolgt, die Commission daher bereits ausgeführt ist oder nicht, wenn nur der Widerruf der Commission bei dem Commissionär einlangt, ehe dieser die Anzeige der Erfüllung des Auftrages (nicht nothwendig des Selbsteintrittes)[39]) behufs Absendung abgegeben hat. Nicht schon die vor Empfang des Widerrufes vollzogene Erfüllung des Auftrages durch den selbstcontrahirenden Commissionär allein macht den Widerruf der Commission unwirksam, sondern erst die zur Zeit des Eintreffens des Widerrufes beim Commissionar erfolgte Absendung der bezüglichen Eintritts- oder Erfüllungsanzeige seitens des Commissionärs. Bei der gewöhnlichen Commission ist res integra, solange die Commission nicht ausgeführt ist, im Falle des Selbsteintrittes aber ist res integra, so lange die Anzeige nicht behufs Absendung abgegeben ist.[40])

Was vom Widerrufe der Commission gilt, hat auch rücksichtich der Modification des Auftrages seitens des Committenten zu gelten.[41])

§. 166.

c. Die Commission zum Einkauf eines Wechsels.[1])

Eine weitere Besonderheit tritt bei der Commission zum Einkauf eines Wechsels ein. Diese Besonderheit ergibt sich aus der Natur des Wechsels. Die Uebertragung des Wechsels geschieht mittels Indossament. Der Commissionär, welcher im eigenem Namen für Rechnung des Committenten einen Wechsel einkauft, läßt sich diesen Wechsel entweder in bianco (Art. 12 W. O.) oder auf seinen (des Commissionärs) Namen indossiren. In ersterem Falle übergibt der Commissionär den angekauften, seitens des dritten Contrahenten in bianco indossirten Wechsel dem Committenten, welcher das Blanco-Indossament ausfüllen oder den Blanco-Wechsel weitergeben kann (Art. 13 W. O.). Im Falle des Blanco-Indossaments wird der Commissionär in keiner Weise wechselmäßig verpflichtet. Läßt

38) Ung. H. G. §. 382; bosn. §. 395.
39) S. oben §. 156.
40) Vgl. Grünhut im cit. Hdb. III. §. 329 S. 263, 264.
41) Grünhut a. a. O.
1) Außer den Hand- u. Lehrb. u. den Comm. des H. R. vgl. Grünhut, Commissionshandel S. 515 ff.; Hanausek, Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach röm. und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des H. R. I. S. 212 ff. — H. G. B. Art. 373. — Im ung. und bosn. H. G. fehlt eine analoge Bestimmung.

er sich jedoch den Wechsel beim Ankaufe auf seinen Namen indossiren, so muß er ihn an den Committenten indossiren oder ihn diesem, mit Blanco-Indossament versehen, übergeben. Jedoch ist sein Indossirungsrecht ein beschränktes, er darf den Wechsel nur regelmäßig d. i. in der üblichen Form, und ohne Vorbehalt d. i. ohne eine die Verbindlichkeit aus dem Indossament ausschließende[2]) oder die Weitervergebung des Wechsels einschränkende[3]) oder eine bestimmte Präsentationsfrist festsetzende[4]) Clausel indossiren (Art. 373). Die Bestimmung des Art. 373 H. G. B. gilt aber nicht nur für die lediglich auf den Ankauf des Wechsels gerichtete Commission, sondern auch für den Fall, daß der Commissionär bei Gelegenheit einer anderen Commission z. B. bei einer Verkaufscommission, anstatt der Baarzahlung von Dritten einen Wechsel annimmt, und diesen an den Committenten indossirt, sei es infolge Auftrages des Committenten, sei es ohne Auftrag.[5]) Der Commissionär haftet aus dem Indossament jedem Nachmanne, sohin auch dem Committenten wechselmäßig, gegen den Committenten aber, als seinen unmittelbaren Nachmann kann er sich gegebenenfalls gemäß Art. 82 der W. O. des Einwandes bedienen, daß er den Wechsel für seine (des Committenten) Rechnung erworben und ihm nur deshalb indossirt habe, um seiner gesetzlichen Pflicht zu genügen, nicht aber um eine Wechselverpflichtung oder eine materielle Garantie zu übernehmen.[6]) Die durch das Indossament übernommene wechselmäßige Haftung des Commissionärs ist aber noch kein stare del credere, weshalb ihm auch wegen des Indossaments allein noch kein Anspruch auf die Delcredere-Provision zusteht.[7])

Der Commissionär kann aber u. z. am einfachsten in Form eines Indossaments eine Garantie dafür übernehmen, daß der Wechsel honorirt werde. Aber auch dies ist an sich noch kein stare del credere; denn der Commissionär übernimmt hier die Garantie für die Honorirung des Wechsels, was aber nicht immer die Garantie für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten in sich schließt; denn dieser braucht gar nicht wechselmäßig verpflichtet zu sein, sondern kann, wenn er z. B. den Wechsel durch Blanco-Indossament erhielt, durch die einfache Tradition des Wechsels von jeder Verbindlichkeit liberirt sein.[8]) Zum Stare del credere wird die Uebernahme solcher Garantie nur dann, wenn der Dritte sei es als Indossant oder als Aussteller aus dem Wechsel verpflichtet erscheint. In diesem Falle wird der Commissionär nicht schon dadurch von aller Verbindlichkeit frei, wenn er beim Ankauf des Wechsels mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist, wenn ihm z. B. bei Prüfung

2) Z. B. „ohne Obligo", „ohne Gewährleistung" (Art. 14 W. O.).

3) Z. B. „nicht an Ordre" (Art. 15 W. O.).

4) Art. 31 W. O.

5) Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 268; v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 373. Vgl. R. G. XX. S. 112 ff.

6) Staub, Comm. §. 4; v. Hahn, Comm. §. 9 zu Art. 373.

7) Willenbücher, H. R. Nr. 3 zu Art. 373; Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. III. S. 366; v. Hahn, Comm. §§. 7, 8 zu Art. 373; Makower, Comm. Anm. 22c zu Art. 373. — R. G. XX. S. 111.

8) v. Hahn, Comm. §. 7 zu Art. 373.

der Zuverlässigkeit der auf dem Wechsel als Schuldner erscheinenden Firmen kein Verschulden trifft; sondern er ist vielmehr für den Eingang der Wechselforderung verantwortlich.[9]) Beruht die Uebernahme einer solchen Garantie auf Vereinbarung oder Handelsgebrauch am Orte der Niederlassung des Commissionärs, so hat er Anspruch auf Delcredere-Provision. Doch kann aus einer solchen Vereinbarung oder einem solchen Gebrauche nicht auch die Verpflichtung zur Indossirung gefolgert werden. Auch hiefür bedarf es einer speciellen Vereinbarung oder eines Handelsgebrauches.[10])

§. 167.

d. Die Speditionscommission. (Speditionsgeschäft).[1])

I. Spediteur im Sinne des Handelsgesetzbuches ist, wer gewerbsmäßig im eigenen Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen übernimmt (Art. 379).[2]) Der Speditionsvertrag ist ein Commissionsgeschäft, das den Abschluß von Transportverträgen und deren Besorgung zum Gegenstande hat.[3]) Unter Besorgung ist aber nicht Ausführung des Transportes verstanden, denn sonst wäre der Spediteur Frachtführer. Er kann allerdings, falls ihm dies nicht durch den Vertrag verwehrt ist, den Transport der Güter selbst ausführen (Art. 385).[4]) Dann wird er aber entweder zum Frachtführer oder er tritt in ein dem selbstcontrahirenden Commissionär ähnliches Verhältniß. (Näheres s. unten §. 168.) Gleich dem Commissionär schließt auch der Spediteur die Transportverträge mit anderen Spediteuren oder Frachtführern im eigenen Namen ab, er ist daher kein bloßer Stellvertreter, er ist aber auch nicht bloß Mäkler, denn er vermittelt nicht, sondern schließt Geschäfte ab. Das Gesetz erklärt ausdrücklich seine Be-

---

9) Grünhut im cit. Hdb. III. S. 268.

10) v. Hahn, Comm. II. §. 8 zu Art. 373.

1) Vgl. außer den Comm. u. Lehr- und Handb. des H. R. Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 524 ff; Wengler, Beitr. zur Lehre v. Speditionsgeschäft 1860; R. Koch in Busch's Arch. II. S. 447 ff; Meier ebenda XXX. S. 57 ff.; Wolff im Arch. f. W. R. XVIII S. 171 ff.; Gareis im Centralorgan (N. F.) VII. S. 257; Franck im Arch. f. W. R. XIII. S. 225; Burchard, Das Recht der Spedition (1894). — H. G. B. Art. 379—389; ung. H. G. §§. 384—392; bosn. §§. 397—507.

2) Vgl. ung. H. G. §. 384; bosn. §. 397.

3) „Während nach Art. 360 und 378 Gegenstand der Commission der Abschluß von Handelsgeschäften ist, muß nach Art. 378, 387 als Gegenstand der Spedition der Abschluß von Frachtgeschäften schlechthin aufgefaßt werden. Da aber der von einem gewerbsmäßigen Spediteur oder einem sonstigen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossene Frachtvertrag auf seiner Seite immer ein Handelsgeschäft ist (Art. 273, Abs. 1, 272 Abs. 2), so liegt eine Ungleichmäßigkeit der Begriffsbestimmung dann nicht vor, wenn man es für den Begriff der Commission für maßgebend ansieht, daß das aufgetragene Geschäft auf Seite des Commissionärs Handelsgeschäft sei, und wird die Spedition völlig correct als Unterart der Commission bezeichnet." (v. Hahn, Comm. II. Note 2 zu Art. 379); anders Grünhut in Endemann's Hdb. III. §. 331. — Ueber den Begriff des Speditionsgeschäftes s. auch Erk. in Adler-Clemens Slg. II. Nr. 185, III. Nr. 270, VII. Nr. 1237.

4) §. 389 ung.; §. 402 bosn. H. G.

stimmungen über das Speditionsgeschäft auf Personen, welche nur die Vermittelung von Frachtverträgen zwischen Absender und Frachtführer oder Schiffer bewirken (wie sog. Frachtmäkler, Güterbestätter, Schiffprocureure) für unanwendbar (Art. 389).[5]) Die Bestimmungen des 4. Titels des 4. Buches des H. G. B. finden überhaupt nur auf gewerbsmäßig betriebene Speditionsgeschäfte (Art. 272 Abs. 1 Z. 3; Art. 379)[6]) und auf vereinzelt von einem Kaufmanne, dessen gewöhnlicher Betrieb nicht in Speditionsgeschäften besteht, im Betriebe seines Handelsgewerbes unternommene Speditionsgeschäfte Anwendung (Art. 272 Abs. 2, 388)[7]). Insoweit aber das H. G. B. in diesem Titel keine Bestimmungen enthält, kommen analog die für das Commissionsgeschäft gegebenen Vorschriften zur Anwendung (Art. 387)[8]) u. z. insbesondere die Bestimmungen über die Aufbewahrung des Commissionsgutes und die Haftung für das aufbewahrte Gut (Art. 365—367). Hiemit zieht das Gesetz die Consequenz aus der Anschauung, daß das Speditionsgeschäft eine Species des Commissionsgeschäftes ist.[9])

Was oben (§. 154, IV.) über den Abschluß des Commissionsvertrages gesagt wurde, gilt auch für den Spediteur.[10])

Ist der Versender (Committent) zugleich Destinatar oder Stellvertreter des Destinatars des Speditionsgutes, so „fungirt der Spediteur lediglich als Mandatar des Destinatars".[11])

Ueber das durch die Uebernahme und Ausführung der Spedition zwischen dem Committenten, Spediteur und dem Dritten (Frachtführer) entstehende Rechtsverhältniß kann auf das oben (§§. 155 ff.) Gesagte verwiesen werden. Hiezu kommt noch das Verhältniß zum Empfänger. In der Regel entsteht kein Rechtsverhältniß zwischen dem Spediteur und dem Empfänger[12]), außer es wäre der Empfänger selbst Auftraggeber des Spediteurs, oder es hätte der Committent dem Empfänger seine Rechte cedirt. Ob der Committent zu solcher Cession verpflichtet ist, hängt von seinem Rechtsverhältnisse zum Empfänger ab.[13])

II. Die Pflichten des Spediteurs sind im Allgemeinen analog jenen des Commissionärs. Er ist vor allem gleich diesem zur gehörigen Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verpflichtet, widrigenfalls er für allen Schaden verantwortlich wäre (Art. 380).[14]) Die Ausführung ist eine gehörige, wenn sie dem Auftrage entspricht, wobei für die Auslegung des Inhaltes des Auftrages die oben bei der Commission (§. 156) entwickelten

5) Ung. H. G. §. 392; bosn. §. 405.
6) Ung. H. G. §§. 259 Abs. 1 Z. 3; 384; bosn. H. G. §§. 283 Abs. 1 Z. 3; 397.
7) Ung. §. 259 Abs. 2; bosn. §. 283 Abs. 2.
8) Ung. H. G. §. 391; bosn. §. 404.
9) S. auch oben Anm. 3.
10) Grünhut im cit. Hdb. III. S. 270.
11) Grünhut a. a. O.
12) R. O. H. G. XII. S. 379 ff., XIII. S. 322 ff.
13) R. O. H. G. XII. S. 379 ff.
14) Ung. H. G. §. 389 Abs. 1; bosn. §. 398 Abs. 1. — Vgl. Erk. östr. obst. G. H. bei Adler-Clemens I. Nr. 93, II. Nr. 136, III. Nr. 369, 441, 447, 459, 484, 513, V. Nr. 859, VI. Nr. 1024. — R. O. H. G. XVI. S. 349 ff., XI. S. 88 ff., XII. S. 213.

Grundsätze gelten.[15]) Das Gesetz hebt die wichtigsten Theile der Ausführung ausdrücklich hervor, so einerseits Empfangnahme und Aufbewahrung des Commissionsgutes, andererseits die Wahl der Frachtführer, Schiffer oder Zwischenspediteure.[16]) Rücksichtlich der Aufbewahrung und der Erhaltung des Speditionsgutes, der Mängelsanzeige und des eventuellen Verkaufsrechtes des Spediteurs gelten nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (Art. 387)[17]) die für die Commission gegebenen Bestimmungen, insbesondere Art. 365—367. Auch obliegt dem Spediteur die Pflicht, zu sorgen, daß das Speditionsgut dem Frachtführer mit den erforderlichen Legitimationspapieren übergeben und dem eventuell vorgeschriebenen Zoll- und Sanitätsverfahren unterzogen werde.[18]) Rücksichtlich der Frachtführer und Zwischenspediteure haftet der Spediteur für culpa in eligendo.[19]) Hat er bei deren Wahl die erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes angewendet, so haftet er, ausgenommen den Fall der Vereinbarung bestimmter Transportsätze mit dem Absender oder Empfänger (Art. 384[20], s. unten §. 168), nicht für ein diesem zur Last fallendes Verschulden.[21]) Von den Zwischenspediteuren, d. i. den Personen, an welche das Gut zum Zwecke der Weiterversendung oder zum Vollzug der Ablieferung adressirt ist[22]), ist zu unterscheiden der Unterspediteur, welcher Substitut des Spediteurs ist, der ihm den Speditionsauftrag überträgt.[23]) Für diesen kann die Haftung des Spediteurs unter Umständen eine höhere sein.[24]) Wohl aber ist der Spediteur für das Verschulden seiner Leute, deren er sich in Ausführung seines Geschäftes (Comptoristen, Packern u. s. w.) bedient, verantwortlich.[25])

Der Beweis der Anwendung der vorgeschriebenen Sorgfalt obliegt dem Spediteur (Art. 380 Abs. 2).[26])

Die Folge der Außerachtlassung dieser Sorgfalt ist die Pflicht zum Ersatze alles hieraus dem Committenten entstandenen Schadens. Worin nun der Schaden im einzelnen Falle besteht, ist Thatfrage.[27])

---

15) Dem Spediteur, welcher den ihm ertheilten Auftrag in einer durch die Umstände gerechtfertigten Weise auslegt, ist keine Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentl. Kaufmannes zur Last zu legen.

16) Die Begriffe Zwischenspediteur u. Unterspediteur sind analog den Begriffen Zwischen- u. Unterfrachtführer (s. oben §. 143, I.).

17) Ung. H. G. §. 391; bosn. §. 404.

18) Grünhut im citirten Hdb. III. S. 272. [Nr. 185.

19) Erk. bei Adler-Clemens II.

20) Ung. H. G. §. 385 Abs. 2; bosn. §. 398 Abs. 2. [S. 379 ff., XVI. S. 349 ff.

21) R. O. H. G. VII. S. 306, XII.

22) R. O. H. G. XII. S. 379 ff.

23) Protokolle S. 4627; v. Hahn, Comm. II. §. 6 zu Art. 380; Staub, Comm. §. 3 Note 1 zu Art. 380.

24) v. Hahn a. a. O.; Staub a. a. O.

25) R. G. X. S. 167; — anders Cosack, H. R. S. 359.

26) Ung. H. G. §. 385 Abs. 1; bosn. §. 398 Abs. 1.

27) Bei Ausfolgung des Gutes ohne Einhebung der darauf ruhenden Nachnahme besteht der Schade in dem Nachnahmebetrage, welchen der Versender zunächst verliert und sich erst mit Mühe, Kosten und Zeitverlust verschaffen mußte. (R. G. XIII. S. 66 ff.) — vgl. Erk. östr. obst. G. H. bei Adler-Clemens I. Nr. 31, und rücksichtlich der Rechnungslegung über die empfangene Nachnahme IV. Nr. 680; ferner R. G. XXXVIII. S. 140. (Haftung des Spediteurs für die Folgen der Unterlassung der Declaration des Inhaltes oder Werthes einer Frachtsendung.)

Die Klagen und Ansprüche gegen den Spediteur aus dem Speditionsgeschäfte wegen Verlustes verjähren in einem Jahre vom Tage an gerechnet, an welchem die Ablieferung hätte geschehen sollen, und Klagen und Ansprüche wegen Verminderung, Beschädigung bezw. verspäteter Ablieferung des Gutes in einem Jahre vom Tage an gerechnet, an welchem die Ablieferung geschehen ist (Art. 386 Abs. 1 und 2). Einredeweise können diese Thatsachen nur dann geltend gemacht werden, wenn die Anzeige derselben an den Spediteur binnen Jahresfrist abgesandt wurde (Art. 386 Abs. 3).[29]) Im Falle des Betruges oder der Veruntreuung des Spediteurs greifen diese Bestimmungen über die kürzere Verjährungsfrist nicht Platz (Art 386 Abs. 4)[30]), und es gelten die gewöhnlichen civilrechtlichen Fristen.

III. Gegenüber diesen Pflichten stehen dem Spediteur ähnliche Rechte wie dem Commissionär zu: 1. Das Recht auf Ersatz des Aufwandes und aller Kosten und der nützlichen und nothwendigen Aufwendungen (Art. 381 Abs. 1).[31]) Was nützliche und nothwendige Auslagen sind, ist im einzelnen Falle Thatfrage[32]). Hieher gehört insbesondere auch der Anspruch auf Ersatz des mit dem Frachtführer oder Schiffer bedungenen Frachtlohnes. Jedoch bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß der Spediteur nicht befugt ist, eine höhere als die mit dem Frachtführer oder Schiffer bedungene Fracht zu berechnen (Art. 381 Abs. 2).[33]) Jede dem Spediteur seitens des Frachtführers eingeräumte Begünstigung, Ermäßigung oder Refactie kommt sohin dem Auftraggeber zu Gute. Nur dann, wenn der Spediteur sich mit dem Auftraggeber über bestimmte Sätze (Pauschalsätze, Aversionalsummen) geeinigt hat, kommt die billigere Fracht dem Spediteur zu Gute, sowie er diesfalls auch die höhere Fracht selbst zu tragen hat. Der Spediteur erscheint in diesem Falle als Selbstcontrahent.[34])

2. Der Spediteur ist berechtigt die vereinbarte oder ortsübliche Provision zu fordern (Art. 381).[35]) Hier gilt dasselbe wie von der Provision des Commissionärs. Im Falle der Vereinbarung eines Pauschaltarifes aber wird die zu Gunsten des Spediteurs sich ergebende Differenz zwischen dem thatsächlichen Betrage der Transportkosten und Auslagen einerseits und der vereinbarten Aversionalsumme andererseits als Provision des Spediteurs angesehen. Der Spediteur ist daher in diesem Falle nur dann zur Forderung der Provision berechtigt, wenn vereinbart wurde,

---

28) Ung. H. G. §. 390 Abs. 1; bosn. §. 403 Abs. 1; — vgl. östr. obst. G. H. bei Adler-Clemens III. Nr. 393.

29) Ung. H. G. §. 390 Abs. 2; bosn. §. 403 Abs. 2.

30) Ung. H. G. §. 390 Abs. 3; bosn. §. 390 Abs. 3. Vgl. Erk. des östr. Obst. G. H. in Jurist. Bl. Nr. 22 v. 1892 (eigenmächtige Verfügung des Spediteurs über Speditionsgut Verjährung des Art. 386 nicht anwendbar).

31) Ung. H. G. §. 387 Abs. 1; bosn. §. 400 Abs. 1; — vgl. R. O. H. G. XIX. S. 211 ff.

32) R. O. H. G. XX. S. 187 ff., II. S. 315, XXIV. S. 286 ff.

33) Ung. H. G. §. 387 Abs. 1; bosn. §. 390 Abs. 1.

34) Grünhut im cit. Hdb. III. S. 282.

35) Ung. H. G. §. 387 Abs. 1; bosn. §. 398 Abs. 1.

daß eine solche neben den bestimmten Sätzen der Transportkosten gefordert werden könne (Art. 384).[36])

3. Der Spediteur hat wegen ihm aus dem Speditionsgeschäfte zustehender Forderungen, nicht aber wegen Forderungen aus laufender Rechnung, ein Pfand- und Retentionsrecht an dem Speditionsgut, insoweit er dasselbe noch in seinem Gewahrsam oder in seiner Dispositionsgewalt hat (Art. 382 Abs. 1)[37]), das er sowohl den übrigen Gläubigern als auch der Concursmasse des Eigenthümers des Speditionsgutes gegenüber geltend machen kann (Art. 382 Abs. 2).[38])

Bezüglich des gesetzlichen Pfandrechtes des Spediteurs kann hier auf die oben (§. 96) dargelegten Grundsätze verwiesen werden. Es besteht für die Forderungen des Spediteurs wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen, Kosten und Verwendungen und wegen der dem Versender (also nicht anderen Personen) auf das Gut geleisteten[39]) Vorschüsse[40]) (Art. 382 Abs. 1), soweit er dabei als sorgfältiger Kaufmann vorgegangen ist, jedoch nicht wegen Forderungen aus laufender Rechnung. Rücksichtlich der dem Versender auf das Gut zu machenden Vorschüsse hat der Spediteur keine Pflicht zur Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit[41]), wenn er nur die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht verletzt hat, und ihn kein dolus trifft.[42]) Dies ergibt sich sowohl aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes, als auch aus der Natur des Geschäftsverkehres; denn „kein Spediteur und Frachtführer könnte mit Sicherheit Vorschüsse auf eine Waare geben, wenn er die Befugniß des Versenders, solche zu erheben, prüfen müßte; er kann sie nur dann leisten, wenn er die größte Sicherheit hat, daß ihm das Speditionsgut unbedingt dafür haftet, daß der Werth des Speditionsgutes ihm eine genügende Sicherheit für seine Vorschüsse und Auslagen gewährt".[43])

Sind an dem Transporte eines Gutes mehrere Spediteure und Frachtführer betheiligt, so hat Jeder, dessen Mitwirkung an dem Transporte in Anspruch genommen wird, Anspruch auf einen verhältnißmäßigen Theil der Transportkosten. „Nach allgemeinem, in der Natur des Verkehrs begründeten Gebrauche zieht der letzte Spediteur oder Frachtführer die gesammten durch den Transport entstandenen Kosten und Auslagen von dem Adressaten ein und liefert nur gegen Bezahlung derselben das Gut an den Adressaten aus. Derselbe hat demgemäß auch wegen der Gesammttransportkosten das Pfandrecht am Speditions- resp. Frachtgute geltend zu machen."[44]) Das Verhältniß des Nachmannes zum Vormanne ist jedoch ein verschiedenes, je nachdem der Nachmann seinen

---

36) Ung. H. G. §. 387 Abs. 2 und 3; bosn. §. 400, Abs. 2 und 3.

37) Ung. H. G. §. 388 Abs. 1; bosn. §. 401 Abs. 1.

38) Ung. H. G. §§. 388 Abs. 1, 379, 380; bosn. §§. 401 Abs. 1, 392, 393.

39) D. i. nicht nur versprochenen (R. O. H. G. XIV. S. 200).

40) Prot. S. 1227.

41) R. O. H. G. XX. S. 190.

42) Laband in Ztschr. f. H. R. IV. S. 462—464.

43) Laband a. a. O. S. 464.

44) Laband a. a. O. S. 466.

Vormann bei Empfangnahme des Gutes rücksichtlich aller aus der Spedition und dem Transporte des übernommenen Gutes hervorgegangenen Forderungen befriedigt oder nicht. Die vom Vormanne in solcher Weise empfangene Summe wird Nachnahme genannt. Im ersten Falle läßt das Gesetz (Art. 382 Abs. 4)[45]) die Forderung und das Pfandrecht des Vormannes von Rechtswegen auf den Nachmann übergehen, und läßt ebendasselbe auch gelten rücksichtlich der Forderung und des Pfandrechtes des Frachtführers, wenn und soweit der Letztere vom Zwischenspediteur befriedigt ist.[46]) Diese Forderung und dieses Pfandrecht sind aber nicht durch Cession[47]) auf den Nachmann übergegangen, sondern als neue Forderung in der Person des Nachmannes durch die von ihm geleisteten Verwendungen entstanden. Die Forderung des letzten Zwischenspediteurs oder Frachtführers ist daher eine einheitliche und kann insbesondere nicht zum Theile nach den Grundsätzen vom Pfandrechte des Spediteurs, zum Theile nach jenen vom Pfandrechte des Frachtführers behandelt werden. Ist der letzte Ablieferer Spediteur, so ist seine gesammte Forderung nach den Grundsätzen des Pfandrechtes des Spediteurs (Art. 382)[48]), ist er aber Frachtführer, so nach jenen des Pfandrechtes des Frachtführers (Art. 409 ff.)[49]) zu behandeln. Gibt der Spediteur das Gut an einen Zwischenspediteur, ohne von ihm befriedigt worden zu sein, so hat er das Recht und die Pflicht, die seinem Vormanne zustehenden Rechte, insbesondere dessen Pfandrecht auszuüben (Art. 382 Abs. 3).[50]) Auch in diesem Falle aber ist der Nachmann nicht Cessionar des Vormannes, sondern könnte eher als dessen Mandatar[51]) angesehen werden. Das Verhältniß ist der Assignation ähnlich, wobei der Spediteur (Vormann) als Assignant, der Zwischenspediteur bezw. Frachtführer (Nachmann) als Assignatar, der Adressat als Assignat fungiren würde. Der Spediteur (Vormann) würde den Zwischenspediteur bezw. Frachtführer (Nachmann) anweisen, die Speditionsforderungen vom Adressaten, der durch den Frachtbrief hiezu angewiesen ist, zu erheben und diesem das Speditionsgut nur gegen deren Bezahlung auszufolgen. Der Adressat acceptirt den Zahlungsauftrag durch Annahme des Frachtbriefes und der Waare. Doch besteht dieses Verhältniß auch ohne Auftrag des Spediteurs (Vormannes) an den Zwischenspediteur (Frachtführer) ex lege als eine gesetzliche Pflicht des letzteren[52]), durch deren gänzliche oder auch nur theilweise Außerachtlassung er sich dem nicht befriedigten Vormanne gegenüber verantwortlich macht. Bei Verweigerung der Annahme durch den Adressaten kann der abliefernde Nachmann sich entweder aus dem Pfandobjecte

---

45) Ung. H. G. §. 388 Abs. 3; bosn. §. 401 Abs. 3.

46) Vgl. Art. 410 Abs. 2. 3 (vgl. oben §. 144).

47) Siehe hierüber insbes. Laband a. a. O. S. 467 f.

48) Ung. H. G. §. 388; bosn. §. 401.

49) Ung. H. G. §§. 411 ff.; bosn. §§. 424 ff.

50) Ung. H. G. §. 388 Abs. 2; bosn. §. 401 Abs. 2.

51) So Laband a. a. O. S. 470; v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 410.

52) Grünhut in v. Endemann's Hdb. III. S. 279, insbes. Note 10; Gareis in C. O. (N. F.) VII. S. 274.

gemäß Art. 375, 310 (beim Frachtvertrage gemäß Art. 407, 409) befriedigen oder gegen seinen Vormann Regreß nehmen.

Von der Rangordnung concurrirender gesetzlicher Pfandrechte an einem und demselben Commissions- bezw. Speditions- oder Frachtgute war bereits oben (§. 96) die Rede.

Neben dem gesetzlichen Pfandrechte steht dem Spediteur, wie bereits erwähnt wurde, auch das kaufmännische Retentionsrecht (§. 98) zu, wenn die Voraussetzungen der Art. 313 ff. gegeben sind, und zwar auch gegen den Destinatar.[53])

§. 168.

e. Die Speditions- und Transportunternehmung[1]) und andere der Commission und Spedition verwandte Geschäfte.

I. Das Speditionsgeschäft kann mehrfache Modificationen erfahren. So kann, wie schon oben (§. 167, I.) erwähnt wurde, der Spediteur den Transport des Speditionsgutes selbst übernehmen. Uebernimmt er diesen Transport zufolge Vereinbarung, so erscheint er als Frachtführer und ist lediglich nach den Grundsätzen des Frachtführers zu beurtheilen. Es kommen sohin, wenn die bezüglichen Voraussetzungen zutreffen (Art. 390, 420, 421)[2]) die Bestimmungen des H. G. B. Buch IV. Tit. V. zur Anwendung, wobei es gleichgiltig ist, ob der Transportübernehmer im Uebrigen gewerbsmäßig Speditionsgeschäfte betreibt oder über das betreffende Frachtgut vorher einen Speditionsvertrag abgeschlossen hatte, da der frühere Speditionsvertrag durch den späteren Frachtvertrag erlischt. Führt jedoch der Spediteur infolge des ihm in Art. 385 eingeräumten Rechtes den Transport selbst aus, so erscheint er als Selbstcontrahent, und er hat dann zugleich die Rechte und Pflichten des Spediteurs und des Frachtführers. Der Speditionsvertrag wird nicht aufgehoben durch den Frachtvertrag; die Rechte und Pflichten aus dem Speditionsvertrage bleiben aufrecht. Dieses Selbsteintrittsrecht des Spediteurs ist nicht wie jenes des Commissionärs (s. oben §. 165, VI.) an bestimmte Voraussetzungen gebunden.

II. Wie der Commissionär kann auch der Spediteur die Haftung für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Zwischenspediteure und Frachtführer, d. i. das stare del credere übernehmen. Ex lege ist der Spediteur zu solcher Haftung verpflichtet, wenn er mit dem Absender oder Empfänger bestimmte Sätze der Transportkosten vereinbart hat (Art. 384). Doch ist eine Delcrederehaftung auch dann als übernommen anzusehen, wenn sie am Orte der Handlungsniederlassung des Spediteurs Handelsgebrauch ist[3]) (vergl. Art. 387 in Verbindung mit Art. 370). Der Anspruch auf

---

53) S. hierüber insbes. Grünhut im cit. Hdb. S. 280 und die in Note 15 u. 16 dortselbst Citirten.

1) Außer den Comm., Lehr- u. Hdb. des H. R. vgl. Grünhut, Commissionshandel S. 565 ff. — H. G. B. Art. 384, 385; ung. H. G. §. 387 Abs. 2, 3, §. 389; bosn. §. 400 Abs. 2, 3, §. 402.

2) Ung. H. G. §§. 393, 420, 422; bosn. §§. 406, 433, 435.

3) Grünhut in Endemann's Hdb. §. 334.

die Delcredere-Provision ist jedoch in ersterem Falle, wie bereits oben erwähnt wurde, nur dann begründet, wenn eine solche vereinbart ist (Art. 384).[4]) Im Uebrigen tritt durch die Uebernahme der Delcredere-Haftung in der rechtlichen Stellung des Spediteurs gegenüber dem Committenten eine Aenderung nicht ein: er bleibt Spediteur, wird nicht Frachtführer[5]), wohl aber gleichzeitig kaufmännischer Bürge.[6]) Seine Haftung reicht jedoch nicht weiter als die von ihm direct oder indirect angenommenen Zwischenspediteure gesetzlich oder vertragsmäßig[7]) haften.

III. Uebernimmt ein Spediteur Waare für überseeische Plätze in Commission, d. i. zum Zwecke der Beauftragung eines überseeischen Verkaufscommissionärs, so wird er Exportcommissionär genannt. Er übernimmt in diesem Falle neben den Pflichten eines Spediteurs auch noch die Verpflichtung, die ihm übertragenen Commissionsertheilungen an die überseeischen Commissionäre mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes auszuführen, seinem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu ertheilen, ihm Rechenschaft über die Geschäfte zu geben und ihm herauszugeben, was er selbst aus dem Geschäfte zu fordern hat, und endlich bei eingetretenen schlechten Verkaufsresultaten für genügende Auskunftsertheilung über die Details des Verkaufes seitens der überseeischen Commissionäre und für die von diesen zu liefernde Justification der Verkaufsrechnungen Sorge zu tragen, nicht aber ist er ohne Weiteres als Verkaufscommissionär zu betrachten. Die Klage gegen ihn kann sich sohin nur auf Erfüllung dieser Verbindlichkeiten und eventuell auf Schadenersatz richten.[8])

IV. Als Modification der Speditionscommission erscheint auch der bereits mehrfach erwähnte Fall der vom Spediteur mit dem Versender getroffenen Verabredung bestimmter Sätze (Aversional- oder Pauschalsumme) statt der thatsächlich erwachsenden Transportkosten (auch Speditionsunternehmung genannt). Das H. G. B. (Art. 384) knüpft an eine solche Vereinbarung zugleich die Präsumtion der Uebernahme der Delcrederehaftung durch den Spediteur, wodurch vermieden werden soll, daß der Spediteur, welcher ein Interesse daran habe, die Fracht nebst Zwischenspesen so niedrig als möglich zu stellen, mit den wohlfeilsten Mittelspersonen zugleich auch die minder Zuverlässigen wähle.[9]) Der Spediteur (in diesem Falle Speditionsunternehmer genannt) gewinnt oder verliert nämlich die Differenz zwischen dem Pauschquantum und der mit dem Frachtführer oder Schiffer bedungenen Fracht. Er erscheint als Selbstcontrahent, er schließt die Frachtverträge

---

4) Ung. H. G. §. 387 Abs. 2; bosn. §. 400 Abs. 2.

5) R. O. H. G XVI. Nr. 94; v. Hahn, Comm. II. 7—11 zu Art. 384; Grünhut in Endemann's Hdb. III. S. 282; anders Gad, H. R. §. 138 S. 285.

6) v. Hahn a. a. O. §. 9 ff.; Gareis a. a. O. S. 269, 270; R. O. H. G. XIV. S. 277 ff.; Grünhut im cit. Hdb. S. 282.

7) „Ist die Haftung dieser Zwischenpersonen mit Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vertragsmäßig geregelt worden, so trägt der Spediteur selbstverständlich die Verantwortlichkeit." (Grünhut im cit. Hdb. S. 283 Note 10.)

8) R. O. H. G. VIII. S. 121; vgl. II. S. 88 ff., IV. S. 204.

9) Prot. S. 777, 1225.

nicht nur in eigenem Namen, sondern auch für eigene Rechnung ab; denn er erhält nicht zurückersetzt, was er bei Ausführung des Geschäftes gezahlt hat, sondern nur eine bestimmte vereinbarte Summe, die sich nur sehr selten mit den Kosten der Spedition decken wird, sondern in der Regel größer, unter Umständen auch kleiner als diese Kosten ist. Sie soll nämlich nicht nur Ersatz der Kosten des Spediteurs, sondern zugleich auch eine Entschädigung für die Mühe des Spediteurs sein, woraus sich folgerichtig ergibt, daß, wie oben erwähnt wurde, dem Spediteur (Speditionsunternehmer) diesfalls eine Provision nur dann gebührt, wenn sie neben den bestimmten Sätzen der Transportkosten vereinbart wurde.

V. Analog und verwandt mit der eben geschilderten Speditionsunternehmung ist das Geschäft des Inhabers eines Annoncenbureaus, des sog. Insertionsspediteurs.[10]) Dieser übernimmt die Besorgung der Veröffentlichung von Anzeigen seiner Committenten durch Andere; er übermittelt die ihm von den Committenten übergebenen Anzeigen (Annoncen, Inserate) an die zu deren Veröffentlichung bestimmten öffentlichen Blätter, mit deren Redactionen er die zur Ausführung der Insertion erforderlichen Verträge als Selbstcontrahent (im eigenen Namen und für eigene Rechnung) abschließt. Der Annoncenspediteur übernimmt die Aufträge der Inserenten, verspricht seine Dienste zur Vermittelung der Insertion, ohne jedoch die Inserirung der Annonce in den betreffenden Zeitungen zu garantiren.[11]) Der Annoncenspediteur verspricht daher dem Inserenten nicht die Ausführung eines bestimmten Werkes gegen Lohn, sondern er verspricht nur, mit der Zeitungs-Redaction jene Geschäfte einzugehen, welche sonst der Inserent selbst zum Zwecke der Aufnahme seines Inserates eingehen müßte. Deshalb erscheint das Geschäft des Annoncenspediteurs als solches nicht als locatio conductio operis. Wohl ist das Uebersenden bezw. Uebergeben der übernommenen Annonce an die Zeitungsredactionen eine thatsächliche Dienstleistung, allein sie ist nur ein Theil des Geschäftes, dessen hauptsächlicher Inhalt vielmehr das Abschließen der auf die Insertion abzielenden Geschäfte durch den Inhaber des Annoncenbureaus ist.[12]) Hieran wird nichts geändert, wenn der Annoncenspediteur sich erbötig macht, durch Lieferung von Belegexemplaren den Beweis der vollzogenen Insertion zu erbringen; denn auch hiedurch übernimmt er keine Garantie für die Aufnahme der Inserate, sondern nur die Pflicht eines bestimmten Beweises im Falle der Aufnahme der Annonce, wie er ja auch sonst die behauptete Aufnahme der Inserate zu beweisen hätte.[13]) Zu dem Hauptgeschäfte tritt hier das Versprechen von Belegexemplaren als pactum adiectum hinzu.[14]) Verspricht auch der Insertionsspediteur seine Dienste zur Vermittelung der Aufnahme der Annoncen in die betreffenden Zeitungen, so erhält das Geschäft doch nicht

---

10) Vgl. Pollitzer in Gerichtshalle Nr. 69—72 v. 1883.

11) R. O. H. G. IV. S. 135.

12) R. O. H. G. IV. S. 135.

13) Erk. des B. O. H. G. v. 26. Mai 1871 Rep. Nr. 206 von 1871; R. O. H. G. I. S. 209 ff.

14) Erk. des B. O. H. G. v. 17. März 1871 Rep. Nr. 119 von 1871.

den Charakter einer locatio conductio operarum; denn erstlich besteht der hauptsächliche Inhalt der übernommenen Verpflichtung in dem Abschlusse des Vertrages mit der Zeitungsredaction, wozu alle übrige Thätigkeit des Annoncenspediteurs nur als Mittel zur Durchführung dieses Zweckes hinzutritt; und zweitens erhält das Geschäft als Ganzes seinen Charakter durch die eigenthümliche Gesammtthätigkeit des Spediteurs, nicht aber als Summe der einzelnen Dienste.

Der dem Vertrage zwischen dem Inserenten und dem Annoncenspediteur zu Grunde liegende Wille ist auf die Ausführung eines Mandates zurückzuführen, aber nicht eines Mandates im gewöhnlichen civilrechtlichen Sinne, denn hiezu fehlt vor allem das Merkmal der Ausführung im Namen des Mandanten, da ja der Annoncenspediteur in eigenem Namen mit der Zeitungs-Redaction contrahirt.[15]) Es handelt sich hier vielmehr um eine ganz besondere Art einer Auftragführung, die sich als ein negotium mixtum darstellt. Dieses setzt sich „aus dem Rechtsbestande der dem Geschäftsbereiche des Spediteurs und des Commissionärs angehörigen Functionen“ zusammen.[16]) Der Annoncenspediteur erscheint als Spediteur, insofern er den Transport der betreffenden Annoncen an die zu deren Veröffentlichung bestimmten Zeitungen besorgt, und er fungirt als Commissionär, weil er den zur Ausführung der Insertion erforderlichen Vertrag mit der Zeitungs-Redaction im eigenen Namen, unmittelbar und zunächst zwar für eigene Rechnung, in letzter Linie aber doch insofern für Rechnung des Committenten abschließt, als er von diesem einen bestimmten vereinbarten Betrag als Deckung der Kosten und Entgelt für die Mühe erhält[17]), d. h. als selbstcontrahirender Commissionär. Er hat nicht, wie der gewöhnliche Spediteur oder Commissionär, die gehabten Auslagen nebst Provision dem Committenten einfach in Rechnung zu stellen, sondern er berechnet wie der Speditions-

15) Ohne Belang ist in dieser Frage für das gegenwärtige Recht, daß dem Annoncenspediteur seitens des Inserenten ein von seinen Auslagen quantitativ verschiedener Geldbetrag als Entgelt gegeben wird; denn die römisch-rechtlichen Sätze „mandatum nisi gratuitum nullum est“ (l. 1 §. 4 Dig. mand. vel contra 17, 1) und „mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse“ (§. 13 Inst. de mand. 3, 27) haben durch Verwandlung der zur Erlangung eines freiwillig versprochenen Honorars dem Mandatar gewährten römisch-rechtlichen extraordinaria cognitio (l. 1, l. 6 pr., l. 7 D. h. t.) in eine gewöhnliche Klage an Bedeutung verloren (vgl. Eck in v. Holtzendorff's Rechtslexikon 3. Aufl. II. S. 703), und im östr. (§. 1002 a. b. G. B.) und preuß. Rechte (§. 5 A. L. R. I. 13), sowie im Code civil (Art. 1954), woselbst aber die Unentgeltlichkeit im Art. 1986 noch als zu präsumirende Regel hingestellt wird, erscheint die Unentgeltlichkeit nicht mehr als Begriffsmerkmal des Mandates. Anders das sächs. bürgl. G. B., das in §. 1295 noch die Unentgeltlichkeit als Begriffsmerkmal in die Definition des Mandates aufnimmt, aber in §. 1299 die Vorschriften über das Mandat auch im Falle der Entgeltlichkeit platzgreifen läßt, „wenn die Vertragschließenden dessenungeachtet einen Auftrag beabsichtigt haben“.

16) Erk. des B. O. H. G. v. 26. Mai 1871 Rep. Nr. 206 von 1871.

17) Erk. des B. O. H. G. v. 26. Mai 1871 Rep. Nr. 206 von 1871; R. O. H. G. IV. S. 135.

unternehmer bei der oben besprochenen, im Art. 384 anerkannten Waarenspeditionsunternehmung einen bestimmten Preis für die übertragene Besorgung als Insertionspreis ohne Rücksicht auf den Betrag seiner wirklichen Auslagen. Der Mehrbetrag der so berechneten Insertionsgebühren über die wirklich zu zahlenden ist der Gewinn des Insertionsspediteurs[18]), welcher zu diesem Behufe auch einen Tarif hinausgeben kann, dem aber nicht die Bedeutung einer Offerte, sondern einer lex contractus für einen etwa zustande kommenden Vertrag zukommt.[19])

VI. Ein eigenthümliches in neuerer Zeit entstandenes Institut ist die sog. „Depeschenspedition".[20]) Die Unternehmung (so z. B. die neue Börsenhalle in Hamburg, die Agentur Havas in Paris) übernimmt es, nach transatlantischen oder nach anderen weit entfernten Orten bestimmte Telegramme um eine niedrigere Gebühr zu befördern, als der Absender (Committent) zahlen müßte, wenn er unmittelbar die Telegraphenanstalt angehen würde.[21]) Diese Gebührenermäßigung, welche allein Zweck des Geschäftes ist, wird durch Zusammenlegung mehrerer Telegramme in Gesammttelegramme[22]) und Anwendung von Abkürzungsmethoden mittels der Chiffern ermöglicht. Der sog. „Depeschenspediteur" ist gleich dem Annoncenspediteur Speditionsunternehmer, er haftet nicht anders als ein selbstcontrahirender Spediteur.

VII. Der Spediteur kann endlich auch ohne Beziehung auf bestimmte Aufträge Frachtverträge mit Dritten abschließen, um die ihm dadurch zur Verfügung stehenden Transportmittel zur Ausführung der übernommenen Speditionsaufträge zu benutzen[23]) (Transportunternehmung). Er schließt diesfalls die Frachtverträge, wenngleich mit Rücksicht auf erwartete Speditionsaufträge, vorläufig wenigstens für eigene Rechnung ab. Erhält er dann den Auftrag, so kann er entweder den ihm zur Besorgung aufgetragenen Transport selbst übernehmen, oder den zunächst für eigene Rechnung abgeschlossenen Vertrag nachträglich als für Rechnung des Versenders abgeschlossen gelten lassen, oder den Frachtvertrag auch fernerhin als für eigene Rechnung abgeschlossen ansehen und nur die Rechte, welche er aus dem Vertrag erworben hat, materiell auf den Versender, Committenten übertragen. In ersterem Falle kommen die oben unter I entwickelten Grundsätze zur Anwendung, im zweiten Falle liefert der Spediteur dem Committenten „gleichsam das ganze Vertragsverhältniß seiner materiellen Wirkung nach"[24]); es ist so, als ob der Spediteur den Vertrag von Anfang an für Rechnung des Versenders abgeschlossen hätte. Der Spediteur hat daher Anspruch auf die Fracht in dem von ihm selbst verabredeten Betrage oder in einem verhältnißmäßigen Theile desselben, wie auf die Provision und auf Erstattung der regelmäßig vorkommenden Un-

18) Vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 13 zu Art. 384.
19) R. O. H. G. XII. S. 213 ff.
20) S. Schott in Endemann's Hdb. III. §. 372 Nr. VI S. 592, 593.
21) Schott a. a. O.
22) Aehnlich der Sammlung von Stückgütern zur Beförderung in Wagenladungen (Schott a. a. O. Note 45).
23) Vgl. insbes. v. Hahn, Comm. II. Vorbemerkung zu Art. 383—385 §. 6.
24) v. Hahn a. a. O.

kosten. Im dritten Falle endlich, welchen das H. G. B. in Art. 383[25]) behandelt, liefert der Spediteur gleichsam die aus dem Frachtvertrage erworbenen Rechte[26]) an den Committenten. Dafür kann er nebst der Provision und der Erstattung der sonstigen Kosten die gewöhnliche Fracht beanspruchen; d. h. er kann sie einerseits beanspruchen, wenn sie auch höher ist als die Frachtsätze, unter welchen er contrahirt hat, und er kann andererseits nur die gewöhnliche Fracht beanspruchen, wenn die von ihm zu zahlende oder gezahlte Fracht höher wäre als die gewöhnliche Fracht, seine Speculation sohin mißglückt ist.[27])

§. 169.

5. Vermittelungs- und Vertretungsgeschäfte.[1])

Als subjectives Handelsgeschäft erscheint ferner die Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen, wenn sie gewerbsmäßig betrieben wird, oder auch einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht wird (Art. 272 Abs. 1 Z. 4; Abs. 2). Geschäftsvermittelung ist Vorbereitung und ev. auch die Herbeiführung von Vertragsabschlüssen unter Anderen. Der Vermittler handelt infolge eines ihm zu Theil gewordenen Auftrages, und die Uebernahme dieses Auftrages ist das Vermittelungsgeschäft. Ist das zu vermittelnde Geschäft Handelsgeschäft, so ist auch das Vermittelungsgeschäft Handelsgeschäft, sofern es in der oben angedeuteten Weise betrieben bezw. unternommen wird. Nicht nur die Vermittelung, auch die Abschließung von Handelsgeschäften für Andere zählt das H. G. B. hierher, sofern deren Uebernahme gewerbsmäßig, oder wenn auch vereinzelt, so doch von einem Kaufmann im Betriebe seines sonst auf andere Geschäfte gerichteten Gewerbes geschieht. Hier findet also wirkliche Stellvertretung statt, daher auch Stellvertretungsgeschäft genannt; doch die Gewerbsmäßigkeit scheidet das Stellvertretungsgeschäft von der Thätigkeit des Handlungsgehilfen und sonstigen Stellvertreters. Oft ist auch hiermit die Vermittelungsthätigkeit verbunden. Der Mittelspersonen des Handelsverkehres und ihrer Thätigkeit wurde bereits oben (§. 44) gedacht. Nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung sind die amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler[2]) hierin nicht inbegriffen (Art. 272 Abs. 1 Z. 4).

---

25) Unter „gemietheten" Transportmitteln ist aber in Art. 383, wie die Worte „durch Frachtführer oder Schiffer" beweisen, nicht gemeint, „daß der Spediteur Transportmittel (Wagen, Schiffe) miethet (locatio conductio rei) und mit denselben den Transport selbst ausführt", sondern „daß der Spediteur wirkliche Frachtverträge (locatio conductio operis) mit Dritten abschließt, daß aber diese nicht auf den Transport bestimmter Güter gerichtet sind, sondern auf den Transport desjenigen Quantums von Gütern, welches vermittelst der betreffenden Transportmittel ordnungsmäßig transportirt werden kann". (v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 383; ebenso Staub, Comm. §. 1 zu Art. 383.)

26) v. Hahn, Comm. II. §. 6 der Vorbemerkung zu Art. 383—385.

27) v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 383 (vgl. §. 4 zu Art. 376); Staub, Comm. §. 2 zu Art. 383.

§. 170.

6. Die Verlagsgeschäfte und die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels und der Druckereien.[1])

I. Der Verlagsvertrag ist jener Vertrag, durch welchen Jemandem vom Verfasser einer Schrift das Recht ertheilt wird, diese durch Druck zu vervielfältigen und abzusetzen (§. 1164 a. b. G. B.). Das Verlagsgeschäft findet seine Regelung im bürgerlichen Rechte (§§. 1164—1171 a. b. G. B.), wird aber durch gewerbsmäßigen Betrieb oder dadurch, daß es von einem Kaufmann — wenn auch vereinzelt — im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen wird, zum subjectiven Handelsgeschäfte (Art. 272 Abs. 1 Z. 5 und Abs. 2). Die das Verlagsrecht einer Schrift, d. i. das rechtliche Verhältniß zwischen Verleger und Verfasser, deren Rechte und Pflichten regelnden Vorschriften gelten auch rücksichtlich des Verlages von Landkarten, topographischen Zeichnungen und musikalischen Compositionen (§. 1171). Die Beschränkungen des Nachdruckes (Schutz des Urheberrechtes) sind in den politischen Gesetzen enthalten (Pat. v. 19. Oct. 1846, Nr. 992 J. G. S.). Auch der Selbstverlag kann Handelsgeschäft sein; der Herausgeber einer Zeitschrift oder der Verfasser einer Schrift kann selbst die Vervielfältigung und Verbreitung besorgen. Liegt gewerbsmäßiger Betrieb vor, so ist der Selbstverlag subjectives Handelsgeschäft nach Art. 272 Abs. 1 Z. 5. Geschieht Vervielfältigung und Verbreitung einer Schrift nicht für Rechnung des Verlegers, sondern des Urhebers, des Verfassers, so ist dies sog. Commissionsverlag. Auch dieser kann Handelsgeschäft im Sinne der cit. Gesetzesstelle sein. Zu den im Gesetze erwähnten sonstigen Geschäften des Buch- und Kunsthandels sind zu zählen die Geschäfte des Sortimentsbuchhändlers, außer den festen Käufen und den Verkäufen desselben, die schon unter Art. 271 Z. 1 und 2 fallen und objective Handelsgeschäfte sind, ferner das buchhändlerische Commissionsgeschäft[2]), der Verlag von Zeitungen, der Zeitungsdebit der Postanstalten, die Geschäfte der Colporteure, Annoncen- und

1) Goldschmidt, H. R. I. §. 55; Osterrieth im Arch. f. öff. R. VIII. S. 285 ff.; Fuld in Gruchot's Beitr. XXXVII. S. 502 ff.; H. G. B. Art. 272 Abs. 1 Z. 4; ung. H. G. §. 259 Z. 7, §§. 515—533; bosn. §. 283 Z. 7.

2) S. oben §. 45.

1) Vgl. Thöl, H. R. I. §§. 206 bis 208; Goldschmidt, H. R. I. §. 56; Klostermann in Endemann's Hdb. III. §§. 392—401; Stobbe, D. Privatr. III. §. 189; O. Wächter, Das Verlagsrecht (1872) S. 261; Petsch, Die gesetzlichen Bestimmungen über den Verlagsvertrag (1870); Schürmann, Organisation und Rechtsgewohnheiten des deutschen Buchhandels I., II. (1880, 1881); Die Rechtsverhältnisse der Autoren und Verleger (1889); O. Wächter in Ztschr. f. H. R. II. S. 749 ff.; Reuling ebda. XXIII. S. 70 ff.; Buhl ebda. XXV. S. 142 ff.; derselbe, Zur Rechtsgesch. des deutschen Sortimentsbuchhandels (1879); Weidling, Das buchhändlerische Commissionsgeschäft (1885); Friedrichs, Trödelvertrag und Conditionsvertrag (Breslauer Diss. 1890); Riesser, Revision des H. G. II. S. 152 ff.; Wengler, Usancen-Codex für Buchhändler und Geschäftsverwandte (2. Aufl., bearb. von Pfau 1882); für das östr. Recht Stubenrauch, Comm. des a. b. G. B. II. zu §§. 1164—1171. — H. G. B. Art. 272 Abs. 1 Z. 5; ung. H. G. §. 259 Z. 5; bosn. §. 283 Z. 5.

2) S. oben §. 165 Note 2.

Subscribentensammler, deren Mehrzahl jedoch schon aus anderen Gründen zu den Handelsgeschäften zählt (Art. 272 Z. 3, 4), und endlich das Antiquariat, nicht aber die Geschäfte der Leihbibliotheken[3]), die aber, von einem Sortimenter oder auch von einem Schreibmaterialwaarenhändler betrieben, accessorische Handelsgeschäfte sein können.

II. Unter den Geschäften des Druckereibetriebes sind, wie die Zusammenstellung mit den Geschäften des Buch- und Kunsthandels zeigt, nur der Druck von literarischen und künstlerischen Erzeugnissen gemeint, so die Buch-, Stein-, Holzschnittdruckereien, die photographischen Anstalten u. a. m. Bei allen diesen Druckereigeschäften setzt aber das Gesetz einen mehr als handwerkmäßigen Betrieb voraus und verleiht ihnen nur bei gewerbsmäßigem, über den handwerksmäßigen Betrieb hinausgehenden Betriebe Handelsgeschäftsqualität nach Art. 272 Abs. 1 Z. 5. Auch diese Geschäfte können, einzeln von einem Kaufmann im Betriebe seines Gewerbes unternommen, Handelsgeschäfte sein (Art. 272 Abs. 2).

§. 171.

C. Der Handelskauf.[1])

1. Begriff des Kaufes.[2])

I. Das Kaufgeschäft überhaupt ist ein zweiseitiger Vertrag, durch welchen der eine Contrahent (Verkäufer) dem anderen Contrahenten (Käufer) gegen Geld (Preis, Kaufschilling) eine Sache (Waare) dauernd überläßt (§. 1052 a. b. G. B.). Ein Kauf, der Handelsgeschäft ist, ist Handelskauf. Er läßt sich jedoch an sich nicht ausschließlich in eine bestimmte der oben erörterten Gruppen von Handelsgeschäften einreihen; er kann objectives oder subjectives, ein- und beiderseitiges Handelsgeschäft, Grund- und Nebenhandelsgeschäft sein, und einer großen Anzahl der oben besprochenen Handelsgeschäfte liegt ein Kaufgeschäft zu Grunde. Ob im concreten Falle ein Kaufgeschäft vorliegt, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte; ob das vorliegende Kaufgeschäft ein Handelsgeschäft, sohin Handelskauf ist, bestimmt sich nach Handelsrecht. Vom Tausch unterscheidet sich der Kauf

---

3) R. O. H. G. XXIII. S. 400 ff.

1) Außer den Comm., Lehr- u. Hdb. des H. R., den Comm. des östr. bürg. R., den Lehr- u. Hdb. des deutschen u. röm. R. vgl. Treitschke, Der Kaufcontract in besond. Beziehung auf Waarenhandel (2. Aufl., bes. v. Wengler 1865); Bechmann, Der Kauf nach gem. R. I. (1876), II. (1884); Bernhöft in Ihering's Jahrb. XIV. S. 58 ff. Die specielle Literatur erscheint in den folgenden Noten und Paragraphen citirt. — Ausländische Literatur s. bei Goldschmidt, System S. 45 zu §. 92. Zur Geschichte: Bechmann a. a. O.; Goldschmidt, Universalgesch. des H. R. I. S. 314 ff., und in Ztschr. f. H. R. I. S. 386 ff.; Endemann, Studien II.; F. Conze, Kauf nach hanseat. Quellen (Bonner Dissert. 1889). — H. G. B. Art. 337—359; ung. H. G. §§. 336—367; bosn. §§. 352 bis 380; a. b. G. B. §§. 1053—1089.

2) Vgl. Goldschmidt, H. R. II. §§. 61—64, und System (4. Aufl.) §. 93; Römer, Abhandl. I. S. 132 ff.; R. Koch, Vortr. u. Aufs. S. 1 ff.; Flesch in Jahrb. f. Dogm. XIX. S. 310 ff.; Riesser ebda. XX. S. 201 ff.; G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 301; Gareis ebda. §§. 259—262. — H. G. B. Art. 335, 337, 338, 346, 352, 353; ung. H. G. §§. 321, 336, 337, 345, 340, 339; bosn. H. G. §§. 337, 352, 353, 363, 358, 357.

durch die Vereinbarung eines Preises. Während beim Tausche Sache gegen Sache überlassen wird (§. 1045 a. b. G. B.), stehen beim Kaufe Sache (Waare) und Preis einander gegenüber. „Wird eine Sache theils gegen Geld, theils gegen eine andere Sache veräußert, so wird der Vertrag, je nachdem der Werth am Gelde mehr oder weniger als der gemeine Werth der gegebenen Sache beträgt, zum Kaufe oder Tausche; und bei gleichem Werthe der Sache zum Kaufe gerechnet" (§. 1055 a. b. G. B.). Der sog. „unechte Tausch" ist ein Kauf mit vereinbarter Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt oder ein sog. „Doppelkauf" (doppelseitiger Kauf), wo zwei Kaufgeschäfte vorliegen und die Kaufpreise compensirt werden.

II. Das H. G. B. wollte in Art. 337—359 keine erschöpfende Normirung des Handelskaufes geben, sondern nur rücksichtlich bestimmter Punkte den Eigenthümlichkeiten der Verhältnisse des Handels Rechnung tragen oder die rücksichtlich bestimmter Punkte herrschende Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte in Deutschland-Oesterreich durch eine allgemeine Vorschrift für den Handelsverkehr beseitigen. Auf diese Sondervorschriften des H. G. B. wird sich die folgende Darstellung des Handelskaufes im Allgemeinen beschränken. Insoweit das H. G. B. keine Bestimmungen enthält und Handelsgebräuche nicht bestehen, gilt das bürgerliche Recht.

III. Den Bestimmungen des H. G. B. über den Kauf ist auch ein Handelsgeschäft unterworfen, „dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht" (Art. 338)[3]), d. i. das sog. Lieferungsgeschäft, wobei es gleichgiltig ist, ob der sog. „Lieferant" die Sache bereits besitzt oder erst anschaffen oder anfertigen will.[4])

IV. Als Consensualvertrag kommt das Kaufgeschäft durch die übereinstimmende Willenserklärung der Contrahenten zustande: Antrag auf der einen, Annahme auf der anderen Seite erzeugen den Vertrag[4a]) (§. 861 a. b. G. B.). Der Antrag muß aber, damit durch dessen Annahme der Kauf perfect werden könne, ein ernst gemeinter, ein verbindlicher sein, er muß die wesentlichen Elemente des Kaufes, Waare, Preis und Wille zum Geschäftsabschluß, klar und in bestimmter Weise erkennen lassen; denn nur ein solcher Antrag kann durch die Annahme, die Zustimmung des anderen Theiles in einen Kaufvertrag übergehen. Die Waare muß aber, falls sie nicht einfach ein Sachindividuum ist, nicht nur der Gattung, sondern auch der Menge nach[5]), der Preis seiner Höhe nach[6]) bestimmt sein. Fehlt eines

3) Ebenso ung. H. G. §§. 337; bosn. §. 353. — Anders §. 1163 öſtr. a. b. G. B.

4) Goldschmidt, System S. 185. — Vgl. auch R. O. H. G. IX. S. 219 ff.; XIX. S. 1 ff. (Die Kaufnatur des Lieferungsgeschäftes wird dadurch nicht beseitigt, daß der Fabrikant die Aufstellung und Montage einer gelieferten Maschine übernimmt.)

4a) Zur Perfection des Kaufes vgl. Stintzing in Ihering's Jahrb. X. S. 177 ff.

5) Der Gegenstand erscheint genügend bezeichnet durch Zusätze, wie z. B. „ungefähr", „circa", „mehrere tausend Dutzend" (R. O. H. G. I. S. 57 ff.; IX. S. 120 ff.; XI. S. 1 ff.). — Vgl. Adler-Clemens I. Nr. 170.

6) Der Kauf eines durch Minimal- und Maximalziffer bestimmten Quantums ist im Zweifel nur bezüglich des

dieser Erfordernisse, so liegt ein verbindlicher Antrag nicht vor (Art. 337). Im Allgemeinen gelten hier die oben rücksichtlich der Offerte (§. 109) aufgestellten Grundsätze; insbesondere aber bestimmt Art. 337, daß ein Anerbieten zum Verkaufe, welches „erkennbar für mehrere Personen", wenn auch nicht gerade für das ganze Publicum geschieht, nicht verbindlich sei, wie z. B. die Verkaufsofferte durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern[7]) (Art. 337). Die Willenserklärung der Contrahenten oder des einen derselben kann auch stillschweigend, durch concludente Handlungen erfolgen.[8])

§. 172.

2. Gegenstand des Kaufes.

(Waare.)[1])

Gegenstand des Kaufes (Handelskaufes), Waare, kann jede bewegliche[2]) körperliche oder unkörperliche Sache (Recht, Credit) sein, gleichviel ob sie bereits existirt oder nicht. Kauf einer noch nicht existirenden Sache liegt vor, wenn der Verkäufer oder ein anderer die Sache, welche Gegenstand des Kaufes sein soll, erst herstellen muß, oder wenn sie durch organische Kraft erst aus einer anderen Sache sich entwickeln soll, wie z. B. beim Kauf der zu erwartenden Ernte, Weinlese, Feldfrüchte, Thierjungen.[3]) Das östr. bürgerl. Gesetzbuch unterscheidet, ob beim Kaufe von Sachen, die noch zu erwarten stehen, für ein bestimmtes Maß eines künftigen Erträgnisses ein verhältnißmäßiger Preis gezahlt wird, oder ob die erwartete zukünftige Sache in Pausch und Bogen gekauft wird. In ersterem Falle liegt, wie das a. b. G. B. sagt, ein „ordentlicher" Kaufvertrag vor (§. 1275), ein Kauf über eine erwartete Sache, über eine zukünftige Sache (emtio rei speratae). In diesem Falle wird entweder für eine bestimmte Quantität ein bestimmter Preis bestimmt, oder es wird zwar die künftige Sache (Ernte) in Pausch und Bogen gekauft, der Preis aber doch nach einer bestimmten Einheit bemessen; immer aber wird hier entweder die künftige

---

Minimalquantums als giltig abgeschlossen anzusehen (Adler-Clemens VIII. Nr. 1505). Bei currenter Waare genügt die Bezeichnung „civiler Preis" (R. O. H. G. V. S. 418 ff.), auch kundenüblicher Preis (R.O.H.G. VII. S. 155 ff.). — Der Preis kann auch in Actien einer zu gründenden Actiengesellschaft bestimmt werden (R.O.H.G. XI. S. 225 ff.). Vgl. dagegen Adler-Clemens IV. Nr. 529.

7) Wohl aber kommt ein Kaufvertrag zustande, wenn auf Grund eines auf Wunsch des Käufers eingesandten Prospectes Waare bestellt wird. Diesfalls kann auch die im Prospecte ausgesprochene Garantie für die Güte der Waare in Anspruch genommen werden, selbst wenn sie beim Kaufabschlusse nicht ausdrücklich bedungen wurde (Adler-Clemens V. Nr. 860).

8) Adler-Clemens VII. Nr. 1178; das bloße Nichtbeantworten einer Offerte ist an sich nicht als Annahme der Offerte anzusehen; es bedarf auch noch anderer Umstände, so insbesondere des Handelns im Sinne der Offerte (vgl. auch R. O. H. G. XVI. S. 131; Adler-Clemens VII. Nr. 1178, VIII. 1378, IX. Nr. 1623, 1637, 1663).

1) Siehe oben §. 88; Treitschke, Der Kaufcontract, 2. Aufl. bes. v. Wengler (1865) §§. 7—16.

2) Unbewegliche Sachen sind ausgeschlossen durch Art. 275 H. G. B. (ung. H. G. §. 262; bosn. H. G. §. 286). — Siehe oben §. 104.

3) Gareis in Endemann's Hdb. III. [§. 260.

Sache selbst zu einem nach einer Einheit bestimmten Preise, oder ein bestimmtes Quantum derselben zu einem bestimmten Preise oder, falls dieses Quantum nicht erreicht wird, ein Theil desselben zu entsprechendem Preise gekauft bezw. verkauft. Hier wird nur gekauft und gezahlt, was als Waare empfangen wird, hier ist nur zu liefern, was voll bezahlt wird. Anders in dem zweiten obenerwähnten Falle, wo eine zukünftige Sache in Pausch und Bogen gekauft wird, z. B. wenn die künftige Ernte, Weinlese, nicht nach einem dem als Waare in Empfang zu nehmenden Quantum entsprechenden Preise, sondern nach einem unabhängig von dem zu erreichenden Maße der Nutzungen absolut bestimmten Pauschalpreise gekauft wird. Hier muß sich der Käufer mit dem begnügen, was zur Existenz gelangt, mag dies noch so sehr hinter dem erwarteten Erfolge zurückbleiben oder mag dieser gar ganz vereitelt sein, erhält aber andererseits auch den ganzen Ertrag, wenn dieser auch die Erwartungen, den gewöhnlichen Ertrag, wonach der Preis bemessen wurde, übersteigt. Es ist selbstverständlich, daß hier nur die ordentlichen Nutzungen, nicht auch außerordentliche, nicht in der Absicht der Contrahenten gelegene in Betracht zu ziehen sind (z. B. wenn mit einem verkauften Fischzuge zugleich ein werthvolles Gefäß herausgezogen wird[4]), so gilt dies nicht als verkauft, sondern als Fund). In dem Falle des so pauschalirten Preises liegt nicht der Kauf einer bestimmten noch nicht existirenden Sache vor, sondern hier bildet die Hoffnung auf Erlangung eines Ertrages oder die Aussicht auf Gewinn, sohin eine bereits existirende unkörperliche Sache den Gegenstand des Vertrages (emtio spei, Hoffnungskauf).[5]) Nach der gegenwärtig herrschenden Lehre der Wissenschaft erscheint als Hoffnungskauf auch der Kauf völlig ungewisser Forderungen, das Lotterie-[6]) und Ausspiel-

4) Vgl. v. Stubenrauch, Comm. z. a. b. G. B. (besorgt von Schreiber und Schuster) II., zu §. 1276.

5) Anders das a. b. G. B., das beide Fälle als Hoffnungskauf bezeichnet (§§. 1275, 1276; vgl. hiezu den obcit. Comm.).

6) Verkäufer ist hier der Unternehmer, Käufer der Theilnehmer, verkauft wird das eventuelle Forderungsrecht auf Leistung des Gewinnes durch den Unternehmer, den Preis bildet der Einsatz. Der Unternehmer ist jedoch nur bedingt zur Leistung des Gewinnes verpflichtet, nämlich nur dann, wenn die aufgestellte Bedingung (Ziehung der zugehörigen Nummer) eintritt. So insbes. G. Cohn in Endemann's Hdb. III. §. 291; und die dort in Note 14 cit. Schriftsteller. — (Vgl. Treitschke, Kaufvertr. S. 38; W. Endemann, H. G. §. 122; Dernburg, Preuß. Privatr. II. S. 405 „eine Art Hoffnungskauf", Förster-Eccius, Preuß. Privatr. II. S. 134 „eine besondere Art des Hoffnungskaufes". Gegen diese Construction des Lotterievertrages als eines Hoffnungskaufes sprechen sich namentlich aus Grolmann, Versuch einer Entwickelung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäftes (Gießen 1797), Elvers in der „Themis" N. F. I. (1838) S. 70 ff., Wolff im Archiv f. pract. Rechtswissenschaft N. F. VI. (1869) S. 133 ff., Fr. Endemann, Beitr. z. Gesch. der Lotterie und zum heutigen Lotterierecht (1882). Andere Constructionen sind: bedingter Kaufvertrag (Sächs. b. G. B. §. 1481, Abs. 2, mindestens rücksichtlich des Ausspielgeschäftes; vgl. Schmidt, Sächs. Privatrecht S. 473, Siebenhaar, Comm. z. sächs. b. G. B. S. 771), oder Spielvertrag (Arnold, Pract. Erörter. aus dem Rechtsgebiete 3. Heft S. 436; v. Gerber, Deutsches Privatr. §. 193; Beseler, Privatr. §. 112 S. 470; siehe jedoch hierüber Stobbe, Deutsches Privatr. III. §. 195; vgl. a. b. G. B. §§. 1273, 1274); oder

geschäft[7]), sowie das sog. Heuer- oder Promessengeschäft.[8]) Nach gegenwärtigem österreichischen Rechte erscheint nur das Heuer- oder Promessengeschäft als Hoffnungskauf (§. 1 Abs. 1 lit. a des Gesetzes v. 7. Nov. 1862 Nr. 85

---

als Kauf des Rechtes, an einem Spiele theilzunehmen (Lange, Die Rechtstheorie bei dem Ausspielgeschäfte S. 12), oder als Mandat (so insbesondere in der französ. Jurisprudenz, vgl. Dalloz, Répert. de législ. XXX. S. 264 Nr. 33) oder contractus sui generis (Stobbe, Deutsches Privatr. III. §. 195. —

In Oesterreich sind die Lotterien ein regales Recht des Staates (§. 28 des Lottopatentes v. 13. März 1813); und nach §. 1 des Ges. v. 28. März 1889 R. G. B. Nr. 32 dürfen nur Schuldverschreibungen, in welchen allen Gläubigern oder einem Theile derselben außer der Zahlung der verschriebenen Geldsumme eine Prämie dergestalt zugesichert wird, daß durch Auslosung oder durch eine andere auf den Zufall gestellte Art der Ermittelung die zu prämiirenden Schuldverschreibungen und die Höhe der ihnen zufallenden Prämie bestimmt werden sollen, nur auf Grund eines besonderen Gesetzes und nur zu Zwecken des Staates ausgegeben werden. Abweichende Ausnahmsbestimmungen zu Gunsten einzelner Anstalten sind ausdrücklich aufgehoben, und nur insoweit wurden Ausnahmen gestattet, als der Verlosungsplan bereits genehmigt ist. Es gibt in Oesterreich zweierlei Staatslotterien: die Zahlenlotterie (das sog. kleine Lotto, Lotto di Genova, italienische Lotterie), bei welcher eine bestimmte Anzahl, nämlich 5 von 90 fortlaufenden Nummern in einer Ziehung gezogen, verschiedene Einsätze zugelassen und die Gewinne der Einsatzgröße proportional sind, und die Prämienlotterie, bei welcher die Zinsenforderung oder ein Theil derselben von dem dem Staate gegebenen Anlehenscapital den Einsatz bildet (vgl. Krainz, System II. §. 390). Für die Zahlenlotterie ist das Lottopatent v. 13. März 1813 (Pol. Ges. Samml. 40. Bd.), für die Prämienlotterie (Staatslotterie) sind die kundgemachten Verlosungspläne maßgebend (§. 1274 a. b. G. B.). Der Abschluß des Lotterievertrages kann zwischen dem Unternehmer und dem Theilnehmer unmittelbar erfolgen, in der Regel aber werden Lotterieverträge (insbesondere bei Staatslotterien) durch Vermittelung von Collecteuren abgeschlossen, die entweder als Mandatare oder als Commissionäre des Unternehmers, oder als Trödler oder auch als Proprehändler auftreten (Cohn im Hdb. III. §. 293; vgl. auch Dietrich in Busch's Arch. I. S. 144 ff.; Ackermann ebenda VI. S. 110 ff.). Das Lotteriegeschäft kann nach östr. Rechte für die Collecteure accessorisches Handelsgeschäft nach Art. 273 u. 274 sein.

7) Literatur s. bei Cohn im Hdb. III. §. 288; — außerdem für das östr. Recht v. Stubenrauch, Comm. II. zu §. 1273; Krainz a. a. O. S. 309. — Im engeren technischen Sinne genommen besteht das Ausspielgeschäft darin, daß der eine Contrahent (der Ausspieler) sich gegen eine unbedingte Einsatzleistung des anderen Contrahenten (des Theilnehmers) zur Ueberlassung einer oder mehrerer individuell bestimmter Sachen (Gewinne) verpflichtet, wenn die aufgestellte Bedingung (Ziehung der zugehörigen Nummern bei der sog. Ausspiellotterie, höchster Pasch, bester Wurf, die meisten Ringe u. s. w. bei anderen Fällen des Ausspielgeschäftes) eintritt. Auch für dieses Geschäft gelten die Bestimmungen des Lottopatentes, und es ist sofern es sich um bewegliche Sachen handelt, nur mit besonderer Bewilligung der Lottoverwaltung gestattet, rücksichtlich unbeweglicher Sachen aber ganz untersagt (§§. 27, 28 Lottopatent) u. nur auf Grund eines gesetzlichen Privilegiums gestattet.

8) Literatur bei G. Cohn im Hdb. III. §. 301 Note 1. — Außer den Lehrb. des Handels- und Privatrechtes sind zu nennen: Fr. Endemann a. a. O. S. 146—148; Aronheim, Natura negotii, quod dicunt Heuergeschäft, secundum regulas iuris communis, Heidelberg 1841; Bender, Verkehr mit Staatspapieren S. 451 ff.; Lotterie S. 91 u. f.; Ad. Wagner in Schönberg's Hdb. d. Staats-Oek. II. S. 444. — Für das östr. Recht vgl. v. Stubenrauch in Oesterr. Ger. Ztg Nr. 29 und 146 von 1862; Handelsrecht §. 187.

R. G. B. definirt dieses Geschäft als „Veräußerung der Gewinnsthoffnung“), während das a. b. G. B. die Loosgeschäfte zwar mit dem Hoffnungskaufe in dieselbe Classe der Verträge, nämlich unter die Glücksverträge, reiht (§§. 1267—1292), dieselben aber, sofern nicht das Loos als einfaches Entscheidungsmittel bei Streitigkeiten (§. 835), z. B. bei Theilungen einer gemeinschaftlichen Sache (§. 841), bei einer Wahl u. s. w. erscheint, als Wetten oder Spiele behandelt (§. 1273), außer Staatslotterien, welche nach §. 1274 a. b. G. B. nach den jeweiligen kundgemachten Plänen (Verlosungsplänen) zu beurtheilen sind. Es kommt daher vom Standpunkte des österreichischen Rechtes hier nur das sog. Promessen- oder Heuergeschäft in Betracht. Bei dem Promessen- oder Heuergeschäfte[9]) verpflichtet sich der eine Contrahent (Verkäufer, Verheuerer) dem anderen (Käufer, Heuerer) gegen unbedingte Leistung eines bestimmten Preises (Einsatz, Prämie, Heuergeld) seine Forderung auf den Gewinn, falls ein solcher auf ein bestimmtes, in seinem (des Verheuerers) Eigenthum befindliches Loos fällt, zu übertragen.[10]) Dieses Geschäft ist in Oesterreich durch das oben cit. Ges. v. 7. November 1862 Nr. 85 R. G. Bl. geregelt und nur zulässig, wenn die Veräußerung ein inländisches Loos zum Gegenstande hat und vom Eigenthümer des Looses oder auf Grund einer von demselben ausdrücklich und schriftlich ertheilten Ermächtigung erfolgt, und wenn beide Contrahenten im österreichischen Staatsgebiete dauernden Wohnsitz haben. Die Gewinnforderung muß ganz, nicht bloß in Antheilen, mit der Verpflichtung veräußert werden, daß im Falle der Verwirklichung der Gewinnsthoffnung bei der bestimmten Ziehung das Loos gegen eine vereinbarte Vergütung dem Erwerber ins Eigenthum übertragen, oder wenn das Loos in der bedungenen Zeit nicht begehrt wird, der entfallende Gewinn nach Abzug der vereinbarten Vergütung und Erlag der Kosten für den Berechtigten bei Gericht erlegt werde. Ueber dieses Geschäft muß eine schriftliche Urkunde, der sog. Promessenschein, und zwar auf einem von der Finanzverwaltung hiezu ausgegebenen, vorschriftsmäßigen Blanquette ausgefertigt werden, in welcher alle oben bezeichneten wesentlichen Bestimmungen des Geschäftes enthalten sein müssen.

Jede diesen Bestimmungen zuwiderlaufende Veräußerung der Gewinnsthoffnung von Loosen — und eine solche wird nach österreichischem Rechte in gewissen Fällen bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet[11]) —

9) Heuern = miethen, erwerben.

10) G. Cohn a. a. O.; Krainz a. a. O. §. 390.

11) Eine solche Vermuthung stellt das Gesetz (§. 2) bis zum Beweise des Gegentheiles auf, wenn Jemand 1. ein bestimmtes Loos mit der Bedingung veräußert, daß bis zu einem bestimmten Tage nach einer dem Geschäftsabschlusse folgenden Ziehung der Loospreis erlegt und das gezogene Loos mit einem nicht gezogenen vertauscht werde, oder 2. wenn Jemand ein bestimmtes Loos mit dem Rechte oder der Verpflichtung zum Rückkaufe desselben oder eines gleichen Looses zu einer wie oben unter Nr. 1 bestimmten Zeit veräußert, oder 3. wenn der Verkäufer dem Käufer das Recht einräumt, die Ueberlassung eines bestimmten Looses innerhalb einer wie oben bestimmten Zeit um einen bestimmten Preis zu fordern oder aber vom Vertrage unbedingt oder gegen Verlust eines Angeldes oder Reugeldes, einer Theilzahlung oder überhaupt eines bereits erlegten Betrages abzugehen (§. 3 cit. Ges.).

ist verboten, und ihre Erfüllung kann nicht gerichtlich verlangt werden (§. 2 des cit. Gesetzes). Wer aber den anderen Contrahenten diesfalls täuschte oder aus schuldbarer Unwissenheit oder Nachlässigkeit verkürzte, oder aus dessen Schaden Nutzen zog, ist diesem auf Grund der bestehenden Civil- und Strafgesetze verantwortlich (§. 2). Zum Schutze der Heuerer gegen Ausbeutung durch die Verheuerer hat das Gesetz Beschränkungen bezüglich der Veräußerung und specielle formelle Pflichten der Verheuerer rücksichtlich der Aufbewahrung bzw. des Vorweisens des Looses aufgestellt.[12]) Insbesondere aber wurde durch Gesetz vom 30. Juni 1878 Nr. 90 R. G. Bl. „die Veräußerung der Gewinnsthoffnung" (d. i. der ev. Gewinnforderung) „von Staats- oder anderen Loosen gegen Ratenzahlung oder in solcher Weise, daß das Entgelt ganz oder theilweise in der Verbindung mit einem anderen Rategeschäfte zu finden ist", verboten (§. 1).[13]) Ein absolutes

12) So darf der Eigenthümer während der Dauer der übernommenen Verpflichtung sich des Eigenthums an dem Loose nicht entäußern und er hat auf Verlangen der Finanzorgane den Besitz des Looses auszuweisen. Der vom Eigenthümer des Looses zu dessen Veräußerung Ermächtigte muß den Finanzorganen auf Verlangen seine Ermächtigung oder die vorschriftsmäßige Erwerbung der Gewinnsthoffnung nachweisen. Wird dieser Vorschrift nicht genügt, wird seitens des Looseigenthümers das Loos weiter veräußert oder kann der ermächtigte Veräußerer seine Ermächtigung nicht nachweisen, so wird verbotenes Spiel angenommen (§. 4). Mitschuldig an dem verbotenen Promessengeschäfte macht sich, wer in Kenntniß eines das Verbot begründenden Umstandes eine verbotswidrig veräußerte Gewinnsthoffnung erwirbt, oder wer zu verbotenen Geschäften dieser Art auffordert oder Einladungen dazu veröffentlicht (§. 7).

13) Die gewerbsmäßig betriebene Veräußerung von Staatsloosen oder anderen Loosen oder von nach dem Verlosungsplane bestehenden Loosantheilen (Partialen) gegen Ratenzahlung ist nur den Inhabern protokollirter Firmen und auch diesen nur unter der Bedingung gestattet, daß sie mit keinem anderen Rechtsgeschäfte in Verbindung gebracht werde, und lediglich nur auf den Verkauf bestimmter, durch die Merkmale ihrer Auslosung bezeichneter Loose oder Loosantheile beschränkt ist. Ueber das Verkaufsgeschäft ist eine vom Verkäufer mit seiner Firma zu fertigende Urkunde auszustellen, welche die Auslosungsmerkmale, das Datum und den Nennwerth der verkauften Loose oder Loospartialen, den für jedes verkaufte Loos oder jede verkaufte Loospartiale zu zahlenden Kaufpreis, die Zahlungsraten, den Ort der Zahlung und die Folgen der Nichtzuhaltung der bedungenen Raten enthalten muß (§. 2 Ges. v. 30. Juni 1878 Nr. 96 R. G. B.). Der Verkäufer hat dem Zahlenden über jede geleistete Zahlung eine Empfangsbestätigung auszustellen und auszufolgen (§. 3 lit. a eben dieses Ges.), welche der Verkäufer den über das Geschäft zu führenden juxtirten Registern mittels Ausschnittes zu entnehmen hat. In den Juxten muß der volle Inhalt der zu denselben gehörigen Verkaufsurkunden bezw. Empfangsbestätigungen, in genauer Uebereinstimmung mit denselben ersichtlich sein (§. 3 lit. c). Der Verkäufer darf die verkauften Loose oder Loosantheile weder veräußern noch verpfänden, so lange der Anspruch des Käufers auf dieselben nicht infolge Zahlungsversäumnisses nach den Bestimmungen der Verkaufsurkunden (§. 2 lit. b) erloschen ist (§. 3 lit. d), sondern ist vielmehr verpflichtet, dem Inhaber der Verkaufsurkunde (§. 2 lit. b) auf Verlangen die erkauften Loose oder Loosantheile gegen Zahlung des etwa noch aushaftenden Kaufpreises jederzeit sofort auszuhändigen, bezw. vor Berichtigung des Kaufpreises, solange der Anspruch desselben nach dem Inhalte der Verkaufsurkunde nicht erloschen ist, jederzeit zur Einsichtnahme vorzuweisen (§. 3 lit. d). Desgleichen steht den Finanzorganen das Recht zu, in die

Handelsgeschäft ist das Heuergeschäft nie; denn abgesehen davon, daß der Verheuerer Eigenthümer des Looses sein muß, sohin von einer Verheuerung à découvert (s. oben §. 118) nicht die Rede sein kann, ist auch nicht das Loos, sondern die Gewinnforderung Gegenstand des Geschäftes. Auch wird dieses Geschäft nicht durch gewerbemäßigen Betrieb seitens eines Banquiers zum Banquiergeschäft, da es weder der Geld- noch der Creditvermittelung dient. Nur als Hilfsgeschäft eines Kaufmannes in dessen auf andere Geschäfte gerichteten Betriebe kann es Handelsgeschäft d. i. accessorisches Handelsgeschäft sein.[14])

§. 173.

3. Der Kaufpreis.[1])

Der Kaufpreis muß beim Handelskauf wie beim civilrechtlichen Kaufe in baarem Gelde bestehen, bestimmt und erlaubt sein (§§. 1055 bis einschl. 1059 a. b. G. B.). Die Contrahenten brauchen den Preis nicht selbst festzusetzen, sie können dessen Bestimmung auch einer dritten (auch juristischen) Person überlassen, in welchem Falle es den Parteien frei steht, vor Bestimmung des Preises, sowie auch, wenn dieser innerhalb der hiefür vereinbarten Zeit nicht bestimmt wird, vom Vertrage zurückzutreten (§. 1056 a. b. G. B.). Wird dieses Bestimmungsrecht mehreren Personen überlassen, so entscheidet Stimmenmehrheit über den Preis (§. 1057). Endlich können die Parteien auch vereinbaren, daß der Preis nach Maß des

---

juxtirten Register Einsicht zu nehmen, und solange aus denselben das Erlöschen des Anspruches des Käufers nicht ersichtlich ist, die sofortige Vorweisung der verkauften Loose oder Lostheile zu verlangen (§. 3 lit. c). Der Inhaber der Verkaufsurkunde kann dies unter Vorweisung dieser Urkunde und der Empfangsbestätigungen über alle bereits fälligen Raten verlangen (§. 3 lit. e). Der Abschluß dieser Promessengeschäfte gegen Ratenzahlung sowie die Ausfolgung der diesbezüglichen Verkaufsurkunden, die Einladung zum Abschlusse solcher Geschäfte darf nicht durch Vermittelung von Hausirern oder reisenden Agenten geschehen (§. 4 des cit. Ges.). Gesetzwidrige Veräußerung oder Verpfändung von verkauften Loosen oder Loosantheilen, sowie die Aufnahme von mit dem Verlosungsplane nicht übereinstimmenden Angaben über die Gewinnsthoffnungen der verkauften oder zum Verkaufe angebotenen Loose oder Loosantheile in die Verkaufsurkunde oder in die Einladung zum Geschäftsabschlusse wird als Gefällsübertretung mit dem zwei- bis achtfachen Betrage des Nennwerthes des Looses oder Loosantheiles, jede andere Uebertretung der hier bezüglich dieses Ratengeschäftes erwähnten Bestimmungen als verbotenes Spiel nach den bezüglichen Gefällsgesetzen bestraft. Mitschuldig wird auch derjenige, welcher mit Kenntniß eines das Verbot begründenden Umstandes zu derlei verbotenen Geschäften auffordert, solche vermittelt oder Einladungen dazu erläßt (§. 5 des cit. Ges.).

14) G. Cohn im Handb. III. §. 301 S. 100. — Nach deutschem Rechte bedarf es, wenn das Heuergeschäft nur auf Seiten eines der Contrahenten Handelsgeschäft ist, nach Art. 277 und 317 des Heuerbriefes zur Perfection des Geschäftes nicht (G. Cohn a. a. O.). Nach östr. Recht jedoch bedarf es immer der schriftlichen Form des Promessenscheines, da die Gründe, welche die Forderung nach Schriftlichkeit dieses Geschäftes erheischten, nicht wegfallen, wenn dies Geschäft ein Handelsgeschäft wird.

1) Art. 352, 353 H. G. B., §§. 339, 340; ung. §§. 357, 358 bosn. H. G. — Vgl. hiezu Treitschke-Wengler a. a. O. §. 17; Gareis in Endemann's Hdb. II. §. 261. — Siehe auch oben §. 91.

bei einer früheren Veräußerung bedungenen Werthes zu berechnen sei (§. 1058). Erst wenn der Kaufpreis bestimmt bezw. ermittelt ist, kann der Kauf perfect werden.[2]) Daher wird, wenn der Preis einer Waare erst durch Abmessen, Abwägen oder Abzählen ausgemittelt werden soll, der Kauf erst nach geschehenem Abmessen, Abwägen, Abzählen perfect; nur ist die Partei schon vorher insofern gebunden, als sie sich dem Abmessen, Abwägen oder Abzählen nicht widersetzen darf. Ist der Kaufpreis nach dem Gewichte der Waare zu berechnen, so ist noch außerdem zu bemerken, daß das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) in Abzug zu bringen ist, wenn nicht Anderes vereinbart oder am Orte der Uebergabe Handelsgebrauch ist (Art. 352 Satz 1).[3]) Die Ermittelung des Taragewichtes kann durch Abwägen der Verpackung (der Kisten, Fässer) geschehen; es wird jedoch häufig ein Procentsatz des Bruttogewichtes als Taragewicht angenommen. Ob und in welcher Höhe das Taragewicht nach einem bestimmten Ansatze oder Verhältnisse statt nach genauer Ermittelung abzuziehen ist, bestimmt sich nach dem Vertrage oder dem Handelsgebrauche am Orte der Uebergabe; ebenso ob und wie viel als Gutgewicht zu Gunsten des Käufers zu berechnen ist oder von diesem als Refactie verlangt werden kann (Art. 352 Satz 2).[4]) Gutgewicht ist der dem Käufer von dem Nettogewichte gewährte Abzug als Ersatz für den Verlust, den dieser, insbesondere wenn er Detaillist ist, beim Weiterverkaufe der Waare erleidet, indem er den Abnehmern einen kleinen Ausschlag am Gewichte geben muß, oder indem die Waare eintrocknet, verstaubt u. dgl. Refactie ist der Abzug am Gewicht als Vergütung für schadhafte oder unbrauchbare Theile, Unreinigkeit u. a. m. Auch diese kann nicht ohne weiters gefordert werden, sondern nur wenn sie vertragsmäßig vereinbart ist, oder wenn sie am Orte der Uebergabe Handelsgebrauch ist (Art. 352 Satz 2). Der Preis gilt auch dann als bestimmt, wenn die Parteien vereinbaren, daß ihrem Geschäfte der Markt- oder Börsepreis zu Grunde zu legen sei. Hierunter ist im Zweifel der laufende Preis, welcher zur Zeit und an dem Orte der Erfüllung oder an dem für letzteren maßgebenden Handelsplatze nach den hiefür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist (Markt-, Börsepreis)[5]), in Ermangelung einer solchen Feststellung oder bei nachgewiesener Unrichtigkeit derselben, der mittlere Preis[6]) zu verstehen, welcher sich aus der Vergleichung der zur Zeit und am Orte der Erfüllung geschlossenen Kaufverträge ergibt (Art. 353 H. G. B.).[7]) Auch dann gilt der etwaige Marktpreis oder der sonst übliche Preis als gemeint, wenn gar keine Verabredung über den Preis getroffen wurde, aber doch ein bindender Kauf gewollt wurde; in Ermangelung eines

2) Vgl. v. Stubenrauch, Comm. z. a. b. G. B. II. zu §. 1053; Fels, Bestimmtheit des Kaufpreises (Berlin 1878).

3) Ung. H. G. § 340 Abs. 1; bosn. §. 358 Abs. 1.

4) Ung. H. G. §. 340 Abs. 2; bosn. §. 358 Abs. 2.

5) Siehe oben §. 91.

6) Prot. S. 669.

7) Ung. H. G. §. 339; bosn. §. 357. — Vgl. auch §. 1058 a. b. G. B., wo als ordentlicher Marktpreis der mittlere Marktpreis des Ortes und der Zeit der Erfüllung des Vertrages angesehen wird.

solchen Preises hat der Käufer nach Treu und Glauben einen angemessenen Preis in der Note oder Factura anzusetzen, in welchem Falle dem Richter im Ueberforderungsfalle ein Ermäßigungsrecht zusteht, aber ohne nachträgliche Erhöhungsbefugniß des Verkäufers.[8]) Unter dem Orte der Erfüllung ist hier stets der Ort der Vertragserfüllung durch den Verkäufer zu verstehen[9]), nicht jener der Erfüllung durch den Käufer, nicht also der Ort der Zahlung des Kaufpreises.

Der Kaufpreis gilt als ein erlaubter, sofern er nicht gesetzwidrig ist (§ 1059), was dann der Fall ist, wenn er die von Gesetzeswegen für einzelne Gewerbsleute, z. B. Apotheker, festgesetzte Maximaltaxe überschreitet.

§. 174.

4. Arten des Kaufes.[1])

I. Je nach dem Zeitpunkte, in welchem die Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer zu geschehen hat, unterscheidet man zwischen Baar-, Credit- und Pränumerationskauf.[2]) 1. Baarkauf (auch Kauf per contant, Kauf gegen baare Zahlung, Kauf Zug um Zug, Kauf per Casse, Contantkauf genannt) liegt vor, wenn der Kaufpreis sofort bei Empfang der Waare zu entrichten ist. Der Baarkauf wird vermuthet, wenn nicht Anderes durch die Natur des Geschäftes bedingt oder durch Vertrag oder Handelsgebrauch bestimmt ist (Art. 342 Abs. 3).[3]) Die Leistungen der beiden Contrahenten geschehen hier Zug um Zug, kein Theil kann gezwungen werden, früher als der andere zu leisten, keiner der beiden Vertragstheile kann die Leistung des anderen Theiles verlangen, ohne nicht zugleich selbst zu leisten oder seine Leistung doch wenigstens bereit zu halten. Der Kaufpreis ist fällig im Augenblicke der Lieferung der Waare, daher laufen bei Kaufleuten von diesem Tage ab die Verzugszinsen (Art. 289), ohne daß es einer diesbezüglichen Verabredung oder Mahnung bedürfte. Es ist im einzelnen Falle Thatfrage, ob die Qualification des Kaufes als Baarkauf wesentlicher Bestandtheil der Willensmeinung und Willenserklärung der Contrahenten oder des einen derselben, insbesondere des Verkäufers, oder doch, objectiv genommen, ein wesentlicher Vertrags-

8) Goldschmidt, System §. 93 S. 187 (4. Aufl.).

9) Goldschmidt, System a. a. O.

1) Vgl. hiezu Gareis in Endemann's Hdb. III. §§. 263 ff.; und die Literatur- und Quellenangaben bei den einzelnen Abschnitten dieses Paragraphen.

2) Vgl. Goldschmidt, H. R. (1. Aufl.) §. 81 S. 847 ff., woselbst in Anm. 31 auf S. 849 und Anm. 35 (S. 850) reiche Literaturangaben zu finden sind.

3) Ung. H. G. §. 345; bosn. §. 363. — Es dürfte anzunehmen sein, daß auch ohne ausdrückliche Abrede der Verkäufer berechtigt ist, dem Käufer die Waare gegen Nachnahme des Kaufpreises zu übersenden, und letzterer nicht berechtigt ist, wegen dieser Nachnahme allein den Bezug der Waare zu verweigern (Erk. des östr. obersten G. H. bei Geller, Oestr. C. Blatt f. jurist. Praxis IX. Nr. 158). Jedoch braucht er die Nachnahme nicht sofort zu bezahlen, worauf die Zustellung der Sendung bis zur Löschung der Nachnahme sistirt wird; und es hängt vom Verkäufer ab, ob er den Baarverkauf in einen Creditverkauf verwandeln will (vgl. R. O. H. G. XIII. S. 187 ff.). — Anders Erk. östr. oberstes H. G. bei Adler-Clemens VI. Nr. 1002.

bestandtheil ist. Nur wenn die sofortige Zahlung bei der Uebergabe nach der allgemeinen Sachlage des einzelnen Falles objectiv einen wesentlichen Vertragspunkt bildet, läßt der Mangel der Willensübereinstimmung der Contrahenten über die Zahlungszeit einen Kauf nicht zustande kommen. 2. Beim Pränumerationskauf, auch Kauf gegen Vorausbezahlung, Kauf gegen pränumerirte Zahlung genannt, muß der Kaufpreis vor der Uebergabe (Lieferung) der Waare gezahlt werden; erst nach Zahlung des Kaufpreises und der etwa noch festgesetzten Frist ist beim Pränumerationskaufe der Verkäufer zur Lieferung der Waare verpflichtet. Pränumerationskauf muß (ausdrücklich oder stillschweigend) verabredet sein, ist aber nicht zu vermuthen.[4]) Daher ist der Verkäufer auch nicht berechtigt, ohne besondere Vereinbarung (im Zweifel) den Kaufpreis durch Nachnahme zu erheben; denn hier liegt nicht ein Kauf Zug um Zug vor, sondern der Käufer muß zahlen, ehe ihm die Nachnahmesendung ausgeliefert wird; es ist ihm unmöglich, vor der Zahlung des Preises festzustellen, ob in der ihm übersandten Kiste, in dem Packete rc. sich thatsächlich der etwa bestellte Gegenstand oder das offerirte Kaufobject befindet oder nicht.[5]) Nur bei unverpackt gegen Nachnahme versandten Gegenständen könnte ein Kauf Zug um Zug angenommen werden. 3. Der Creditkauf[6]), auch Kauf auf Credit, auf Borg, auf Ziel, auf Zeit, Zeitkauf genannt, ist ein Kauf mit befristeter, gestundeter Zahlung. Der Kaufpreis wird creditirt und ist erst nach Empfang der Waare zu zahlen. Ein solcher Creditkauf muß entweder ausdrücklich vereinbart sein[7]), oder es muß sich die Creditirung des Kaufpreises aus der Natur des concreten Falles ergeben, oder ein diesbezüglicher Handelsgebrauch vorliegen.[8]) Ist der Creditkauf bereits abgeschlossen, so kann der gewährte Credit nicht mehr zurückgenommen

4) Vgl. R. O. H. G. VI. S. 269, XIII. S. 187 ff.

5) Gierke in Ztschr. f. H. R. XXIX. S. 290; vgl. R. O. H. G. IX. S. 435, XII. S. 275 ff., XIII. S. 187 ff. — Anders Gareis in Endemann's Hdb. III. §. 263.

6) Vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 10 zu Art. 342; Gareis a. a. O. S. 580 ff.; Lesse in Busch's Arch. VI. S. 269 ff. — Vgl. auch Höhne, Theorie d. sog. Leihvertr. rc. (1886); Louis in allg. östr. G. Ztg. Nr. 54 v. 1871; Deutsches Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894, R. G. Bl. S. 450 f. (dazu comm. Ausg. v. Friedmann); zum östr. Entwurfe eines Gesetzes über das Ratengeschäft vgl. Ehrenzweig in allg. östr. G. Z. Nr. 33, 34 v. 1890; Ofner in Jurist. Bl. Nr. 20, 21 v. 1892; vgl. insbes. Meissels ebenda Nr. 39, 40 v. 1890.

7) Als stillschweigend vereinbart kann die Creditirung dann angesehen werden, wenn in den zwischen den Contrahenten früher abgeschlossenen entsprechenden Kaufverträgen Credit gegeben worden war (v. Hahn, Comm. II. §. 9).

8) Die Verabredung, daß der Kaufpreis „nach Belieben", „nach Bequemlichkeit", „nach Möglichkeit" bezahlt werden solle, bedeutet, daß der Kaufpreis zunächst bis zum Ablauf der ortsüblichen Creditfrist creditirt wird und daß dann noch eine billige Zuwartungsfrist gewährt werde (R. O. H. G. II. S. 185; X. S. 233 ff.). Besteht keine ortsübliche Creditfrist, so gilt eine angemessene — im Zweifel vom Richter zu bestimmende — Frist, doch bedarf es einer Mahnung, um den Schuldner in mora zu setzen (Gareis im Hdb. a. a. O. S. 581). Vgl. R. O. H. G. X. S. 233 ff.; XXIV. S. 344. Im Zweifel dürfte die Creditfrist im Augenblick der Absendung zu laufen beginnen (R. O. H. G. II. S. 377 ff.; VI. S. 167 f.).

werden, wenn auch inzwischen der Credit des Käufers erschüttert wird. Ist aber erst ein Vertrag über eine künftige Crediteinräumung zustande gekommen, so kann die Zusage zurückgenommen werden, wenn sich vor Abschluß des Creditkaufes die Insolvenz des Käufers oder eine derartige Unsicherheit desselben herausstellt, daß die Creditirung dem Verkäufer nicht zugemuthet werden kann.[9])

II. Nach Maßgabe der Lieferungszeit ist der Tageskauf von dem Zeitkaufe zu unterscheiden: 1. Der Tageskauf[10]), auch Cassageschäft, Contantgeschäft genannt, ist ein Kaufvertrag, bei welchem die Lieferung seitens des Verkäufers sofort nach Abschluß des Kaufes geschehen muß. Der sofortigen Lieferung gleichgehalten wird jene, die nur unbedeutend kurze Zeit nach Abschluß des Vertrages erfolgt. 2. Lieferungskauf, auch Zeitkauf, Zeitgeschäft genannt, ist jener Kauf, bei welchem der Verkäufer erst in erheblich später Zeit nach Abschluß des Vertrages zu liefern hat. Die Zeitbestimmung kann in der Festsetzung eines bestimmten Tages oder Termines der Lieferung bestehen[11]) (Art. 357)[12]), u. zw. derart, daß die Lieferung an diesen Tag gebunden ist. Ein solcher Lieferungskauf ist ein festes Zeitgeschäft, Fixgeschäft, der Lieferungstag ein fester Tag, sog. Stichtag.[13])

III. Streng auseinanderzuhalten sind die drei juristisch ganz verschiedenen, nicht etwa auf einem gemeinsamen Eintheilungsgrunde beruhenden Arten des Kaufes auf, nach und zur Probe, die hier nur deßhalb nebeneinander dargestellt werden, um ihre Verschiedenheiten desto deutlicher erkennen zu lassen, zumal die Aehnlichkeit ihrer Namen die Gefahr der Verwechslung in sich birgt.[14]) 1. Der Kauf auf Probe oder auf Besicht[15]) ist der seitens des Käufers unter der Potestativbedingung geschlossene Kauf, daß dieser das Recht habe, die Waare zu besehen, zu prüfen und zu genehmigen (Art. 339).[16]) Der Verkäufer ist sofort gebunden, die Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages aber ist abhängig von dem Belieben, von der Willkür des Käufers, der sich vor oder bei

9) R. O. H. G. XXIII. S. 137 ff.

10) Zu unterscheiden vom Baarkauf (Thöl, H. R. I. §. 258 Anm. 9). Der Tageskauf kann auch Creditkauf sein.

11) Siehe oben §§. 113, 121.

12) Ung. H. G. §. 355; bosn. §. 373.

13) S. oben §. 121. Vgl. auch Brauer in Busch's Arch. XVIII. S. 315 ff.; Meier ebda. XXX. S. 43 ff., XXXI. S. 376 ff.

14) Gareis a. a. O. S. 587.

15) Vgl. außer den Comm., Lehr- u. Hdb. des H. R. u. den Lehrb. des gemeinen und deutschen Rechtes Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. I. S. 66 ff., S. 262 ff., 386 ff., 554 ff.; Fitting ebd. II. S. 203 ff.; V. S. 79 ff.; Unger ebda. III. S. 386 ff. und Jahrb. für Dogm. XXV. S. 322; Voigtel in Busch's Arch. VI. S. 251 ff.; Fitting im Arch. f. civ. Praxis XLVI. S. 11 ff.; F. Hofmann, Das Periculum bei Kauf S. 92 ff.; Hirsch im N. Arch. f. H. R. I. S. 155 ff.; Meyer in C. O. f. H. R. IV. (N. F.) S. 383 ff.; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin (1888) S. 274; K. Adler Jahrb. f. Dogm. XXXI. S. 190 ff.; Goldschmidt, Syst. §. 94. — H. G. B. Art. 339; ung. H. G. §. 359; bosn. §. 354.

16) Ung. H. G. §. 359; bosn. §. 354. — Ein solcher Kauf auf Probe ist auch der Kauf unter der Bedingung, daß die Waare dem Käufer convenire (Adler-Clemens IV. Nr. 707).

Abschluß des Kaufes die nachträgliche Prüfung der Waare vorbehält, um sich hiedurch „die wiederholte Ueberlegung des ganzen Geschäftes zu ermöglichen".[17]) Die diesen Kauf charakterisirende Bedingung kann eine aufschiebende oder auflösende sein. Im Zweifel wird nach Art. 339 Abs. 1 eine Suspensivbedingung vermuthet, doch kann die entgegengesetzte Ansicht der Parteien auch aus den sonstigen Vertragsbestimmungen erkannt werden.[18]) Insbesondere „wird z. B., wenn verabredet ist, daß das Kaufobject sogleich tradirt werden soll u. zw. nicht bloß zum Zwecke der Prüfung, oder daß der Kaufpreis sofort oder vor Ablauf der verabredeten Prüfungsfrist zu bezahlen ist, regelmäßig auf Festsetzung einer Resolutivbedingung zu schließen sein".[19]) Der Verkäufer hört auf gebunden zu sein, wenn der Käufer bis zum Ablauf der verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist (Wartefrist) nicht genehmigt (Art. 339 Abs. 2).[20]) In Ermangelung einer diesbezüglichen Vereinbarung oder eines Ortsgebrauches aber kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen (Quantität, Qualität, Ort der Lagerung der Waare u. a. m.) angemessenen Zeit den Käufer (ohne weitere Förmlichkeiten) zur Erklärung über Annahme oder Nichtannahme auffordern, und, wenn dieser sich nicht sofort erklärt, hört der Verkäufer auf gebunden zu sein (Art. 339 Abs. 3).[21]) Ist die auf Probe oder auf Besicht verkaufte Waare zum Zwecke der Besichtigung oder Probe bereits übergeben, so gilt das Stillschweigen des Käufers über die Wartefrist hinaus oder auf die Aufforderung des Verkäufers, sich zu erklären, im Zweifel als Genehmigung (Art. 339 Abs. 4).[22]) Stillschweigende Genehmigung kann auch in concludenten Handlungen liegen, wie z. B. in der Regel in der Consumtion der ganzen Waare oder doch eines größeren als zur Prüfung erforderlichen Theiles, oder in der Weiterveräußerung der Waare oder in vorbehaltloser Zahlung des Kaufpreises u. a. m.[23]) Durch diese Genehmigung der auf Probe gekauften Waare seitens des Käufers werden jedoch seine Rechte wegen verborgener, nachträglich entdeckter Mängel nicht berührt[24]) (Art. 347 Abs. 4).[25]) Der Vorbehalt des Käufers „auf Probe" oder „auf Besicht" kann auch in einem engeren Sinne als dem der bisherigen Darstellung zu Grunde gelegten gemeint sein: es kann nämlich der Käufer sich bloß die Prüfung der objectiven Verwendbarkeit oder doch der Empfangbarkeit der so gekauften Waare vorbehalten haben, so daß die aufschiebende oder auflösende Bedingung, unter welcher ein solcher Kauf abgeschlossen wurde, in der Verwendbarkeit oder Empfangbarkeit der Waare liegt. Ist die Waare verwend-

---

17) Goldschmidt, Syst. §. 94 S. 188. — Hievon ist zu unterscheiden der Fall, in welchem der Käufer nicht den Willen kundgab, sondern verpflichtet ist, die Waare zu prüfen und nach dem Ergebniß der Prüfung zu genehmigen oder die Nichtgenehmigung auszusprechen (R. O. H. G. XIV. S. 204 ff.).

18) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu [Art. 339.

19) v. Hahn a. a. O.

20) Bosn. H. G. §. 354 Abs. 2. — Das ung. H. G. enthält eine solche ausdrückliche Vorschrift nicht.

21) Ung. H. G. §. 361 Abs. 2; bosn. H. G. §. 354 Abs. 3.

22) Bosn. H. G. §. 354 Abs. 4.

23) Goldschmidt, Syst. S. 189.

24) Goldschmidt, Syst. a. a. O.

25) Ung. H. G. §. 346 Abs. 4; bosn. §. 364 Abs. 4.

bar oder empfangbar, so ist der Käufer gebunden.[26]) Hieher gehört die römisch-rechtliche „Clausel der Weinprobe" (degustatio vini), desgleichen die Hamburgische Clausel „auf Nachstechen" (bei Zucker), „auf Nachziehen" (bei Baumwolle) u. dgl. m., während Clauseln wie „zum Besehen", „zur Ansicht", „zum Kosten", „zum Versuche" u. dgl. m. auf den Kauf auf Probe im technischen Sinne hinweisen. In dem Vorbehalte des Kaufes auf Probe liegt zugleich der Vorbehalt der Rückstellung der Waare, falls sie nicht paßt. Im Falle der Rückgabe aber haftet der Käufer bei Beschädigung oder Untergang der Waare für jedes Verschulden und bei ungewöhnlicher Benutzung der Sache sogar für den Zufall. Er muß die bereits percipirten Früchte restituiren, nicht aber hat er eine Vergütungspflicht für ordnungsmäßige Benutzung der Sache in der Zwischenzeit.[27]) Der Käufer kann sich auch das Recht des Umtausches vorbehalten, für den Fall, daß ihm die verkaufte Waare nicht paßt, selbstverständlich aber nur gegen „andere gleichwerthige Waaren". In diesem Falle liegt ein Kauf unter einer potestativen Resolutivbedingung vor, in Verbindung mit einem bedingten pactum de emendo et vendendo; denn beide Contrahenten verpflichten sich, falls die Waare dem Käufer nicht genehm ist, zu einem Kaufvertrage über andere gleichwerthige Waare. 2. Der Kauf nach Probe oder Muster[28]) ist nach der Definition des H. G. B. (Art. 340) ein Kauf, bei welchem zur Bezeichnung der Beschaffenheit der Waare ganz oder theilweise — anstatt der Beschreibung mit Worten — auf eine andere Sache als Muster Bezug genommen wird, gleichviel welche Bestimmung diese Sache sonst hat.[29]) Der Verkäufer übernimmt beim Kauf nach Probe die Verpflichtung, die Waare der Probe oder dem Muster gemäß zu liefern; der Käufer hat das Recht, falls die Waare der Probe nicht entspricht, Schadenersatz, Preisabzug ꝛc. zu fordern, überhaupt Alles zu thun, was ihm sonst im Falle nicht vertragsmäßiger Erfüllung ex lege zusteht (s. hierüber unten §§. 176 ff.). Abgesehen von dieser Begriffsbestimmung des H. G. B. bezeichnet es die Handelssitte[30]) auch als Kauf nach Probe, wenn der Verkäufer (z. B. ein Handlungsreisender, der Muster bei sich führt,) den Käufer durch Vorzeigen von Mustern zum Kaufe zu bewegen sucht und ev. auch dazu bewogen hat, oder wenn der Kaufvertrag nur dann wirksam sein soll, wenn die Waare dem Muster, der Probe entspricht; oder endlich wenn der Kauf zwar ohne Vorzeigung eines Musters oder einer Probe abgeschlossen wurde, jedoch hiebei vereinbart wurde, daß vor Lieferung der Waare eine Probe (sog. Ausfallsprobe, Ausfallsmuster) vorgelegt werden soll. Nur wenn nach Ansicht der Con-

26) Goldschmidt, Syst. §. 94 S. 190.

27) Goldschmidt, Syst. S. 189.

28) Außer den Comm. u. Hand- u. Lehrb. des H. R. und den Lehrb. des deutschen, röm. u. östr R. vgl. Cropp in Heise's und Cropp's Abhandlgn. I. Nr. 13; Hesse in Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. III. S. 145 ff. — H. G. B. Art. 340; ung. H. G. §. 362; bosn. §. 355.

29) v. Hahn §. 8 zu Art. 340; Gareis a. a. O. S. 597; R. O. H. G. XIV. S. 289 f.; XVI. S. 318. — Fraglich ist, ob die Clausel „wie bisher" einen Kauf nach Probe begründet (R. O. H. G. XIII. S. 213 ff.). [596.

30) Vgl. hiezu Gareis a. a. O. S. 595,

trahenten bei Nichtprobemäßigkeit der gelieferten Waare der Kauf als nicht abgeschlossen anzusehen sei, ist der Kauf nach Probe ein bedingter.[31]) Sonst ist der Kauf nach Probe ein unbedingter Kauf. Das H. G. B. (Art. 340) stellt eine Präsumtion im letzteren Sinne auf.[32]) In der Regel wird beim Kaufe nach Probe die Sache der Gattung noch bestimmt sein, es kann aber auch ein Specieskauf vorliegen, wo der Verkäufer verspricht, die specielle Sache zu liefern, u. zw. der Probe gemäß.[33]) Der Beweis der Probemäßigkeit obliegt dem Verkäufer[34]), außer es hätte derjenige Contrahent, welcher die Probe in den Besitz erhalten hat, das Abhandenkommen oder Unbrauchbarwerden der Probe verschuldet, in welchem Falle diesen die Beweislast treffen würde, auch wenn sie nach sonstigen Grundsätzen den Gegner getroffen hätte.[35]) Wem die Probe übergeben wurde, der hat sie zur Beweisführung zu ediren, und bei dem Streite über die Identität der Probe fällt dem sie bestreitenden Theile die Beweislast zu.[36]) Den Beweis der z. B. einredeweise behaupteten Probewidrigkeit hat der Käufer zu führen.[37]) 3. Der Kauf zur Probe ist ein gewöhnlicher unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes (Art. 341)[38]); seine juristische Natur ist die eines gewöhnlichen Kaufes; der Beisatz des Beweggrundes „zur Probe", was in der Regel die Absicht bedeutet, wenn die Waare entspricht, mehr zu kaufen, ist für die juristische Natur des Geschäftes irrelevant.[39])

IV. Eine weitere Unterscheidung ist jene von Platz- und Distanzkauf. Platzkauf im technischen Sinne ist jenes Kaufgeschäft, bei welchem der Käufer die thatsächliche Herrschaft über die gekaufte Sache an demselben Orte erhält, an welchem der Verkäufer die Waare abgibt, während beim Distanzgeschäfte das Abgeben und Uebernehmen der Waare an zwei verschiedenen Orten stattfindet.[40]) Platzhandel wird auch im Sinne von Vertragsabschluß unter Gegenwärtigen (Art. 318) und Distanzhandel für jenen unter Abwesenden (Art. 319, 321) gebraucht; auch wird bisweilen mit Platzhandel der Kauf in Pausch und Bogen (Aversionalkauf) sowie der Handel mit Platzwaaren bezeichnet. Die Unterscheidung zwischen Platz- und Distanzgeschäft im obigen technischen Sinne, je nachdem der Ort der Uebergabe und der Annahme derselbe oder ein verschiedener ist, ist, wie sich unten zeigen wird, insbesondere bei der Geltendmachung der

---

31) Vgl. v. Hahn, Comm. II. §§. 1 und 2 zu Art. 340; Gareis a. a. O.

32) v. Hahn a. a. O. §. 1. [S. 597.

33) v. Hahn a. a. O. §. 5.

34) R. O. H. G. II. S. 180 ff., VI. S. 327, XI. S. 367 f., XII. S. 7 ff.; Erk. des östr. obersten G. H. in Geller's C. Bl. IX. Nr. 216. Vgl. Oswalt in Busch's Arch. XXXII. S. 252 ff.

35) R. O. H. G. IX. S. 27 ff., VI. S. 339; vgl. Adler-Clemens II. Nr. 166. — Nach ung. H. G. §. 363 wird, wenn der Käufer die ihm übergebene Probe oder das Muster nicht vorlegen kann, angenommen, daß die Waare dem Muster bezw. der Probe gemäß sei. [S. 9, XVIII. S. 206.

36) R. O. H. G. VI. S. 339, XII.

37) Adler-Clemens, Entsch. III. Nr. 414; V. Nr. 804; Erk. in Geller's C. Bl. VIII. Nr. 301.

38) Bosn. H. G. §. 356; das ung. H. G. erwähnt den Kauf zur Probe nicht.

39) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 341. [insbes. Note 6.

40) Gareis a. a. O. S. 616, 617,

Mängel der Waare, sowie für die Erfüllung des Kaufvertrages von Bedeutung.

V. Je nachdem der Käufer die Waare als ein bestimmtes Sachindividuum oder nur als Träger bestimmter Eigenschaften, nur als Exemplar einer Gattung erhalten will, wird der Kauf Species- oder Genuskauf genannt.[41]) Geliefert, tradirt wird allerdings immer nur ein Sachindividuum, eine Species, aber es kommt auf die in der Art der Bezeichnung der Sache kundgegebene Absicht des Käufers beim Abschlusse des Kaufvertrages an, ob er eine bestimmte Sache und nur diese kaufen will, oder nur eine Sache gleicher Gattung und Qualität. Ohne Bedeutung für diese Unterscheidung der Kaufverträge ist, ob der Kauf eine an sich vertretbare oder unvertretbare Sache zum Gegenstande hat; wohl aber kann Parteiwille die eine oder die andere dieser Eigenschaften ignoriren bezw. setzen. Besondere Arten des Specieskaufes bilden die Kaufgeschäfte, welche als Kauf in Pausch (Bausch) und Bogen[42]), Aversionalkauf, Kauf in Pausch, Mengekauf, Klumpenkauf[43]), Kauf per aversionem, unvertheilter Kauf[44]), Kauf eines Sacheninbegriffes[45]) (vente en bloc)[46]) bezeichnet werden. Hier wird entweder eine Quantität vertretbarer Sachen gekauft, die sonst in der Regel nach Maß, Zahl oder Gewicht gekauft werden, jedoch ohne Rücksicht auf ihr unbekanntes oder bekanntes Maß, Zahl oder Gewicht als Einheit, wie z. B. ein Faß Wein ohne Rücksicht auf die Menge (Aversionalkauf im engeren, technischen Sinne), oder Sachgesammtheiten, deren Theile aber nicht nach Maß verkauft werden, z. B. Zimmereinrichtung, Bibliothek (Aversionalkauf im weiteren Sinne, auch Universitaskauf genannt), u. zw. steht bei letzterem Kaufe entweder der Sachgesammtheit eine Preiseinheit gegenüber, oder die Preisfestsetzung erfolgt nach Rechnungstheilen (Kauf nach Maß, emptio ad mensuram).[47]) Eigenthümlichkeiten zeigt dieser Kauf nur rücksichtlich unten zu besprechender Fragen der Haftung des Verkäufers für die Fehlerlosigkeit der Waare und des Tragens der Gefahr (§§. 1048, 1049 a. b. G. B.).

VI. Inwiefern ein Kauf oder Verkauf Speculationskauf oder -Verkauf, bezw. Realisationskauf oder -Verkauf sein kann, wurde bereits oben (§§. 117, 118) erörtert.

VII. Als weitere Arten des Kaufes werden jene Kaufgeschäfte bezeichnet, durch welche sich der Verkäufer oder der Käufer gegen den Schaden, der ihm durch den morosen Contrahenten entsteht, schützen will. Der durch den Verzug des Käufers bedrohte Verkäufer schließt diesen Verkauf zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des morosen Käufers ab (Art. 343 Abs. 2, Art. 354)[48]), der durch die Mora des Verkäufers

41) Gareis a. a. O. S. 600, 601; Ihering im Jahrb. f. Dogm. IV. S. 396 ff.

42) Literatur siehe bei Gruchot in Ztschr. f. H. R. III. S. 471 ff.; Eck in v. Holtzendorff's Rechtslex. unter „Aversionalkauf", und „Kauf". — Pr. L. I. 11. §. 117. [Note 11.

43) Seuffert, Pandecten §. 258. I. Note 11.

44) Bayer. L. R. Th. IV. Cap. 4 §. 6.

45) Preuß. L. R. I., 11, §. 121.

46) Code Nap. Art. 1586.

47) Ihering, Jahrb. f. Dogm. IV. S. 373, 396; Regelsberger im Arch. f. civ. Prax. XLIX. S. 184 ff.; Fr. Hofmann, Periculum beim Kaufe §. 16.

48) Ung. H. G. §§. 351 Abs. 1, 352; bosn. H. G. §§. 369 Abs. 1, 370.

bedrohte Käufer aber fordert von diesem nur die Preisdifferenz. In ersterem Falle spricht man von einem Selbsthilfeverkauf, in letzterem Falle von einem Selbsthilfekauf (Deckungskauf im technischen Sinne). Ueber beide Arten ist unten in der Lehre von der Erfüllung des Kaufes mehr zu sagen.

VIII. Keine besondere Art des Verkaufes, sondern nur eine besonders geartete Form des Abschlusses eines Kaufvertrages ist die Versteigerung, eine in Handelssachen häufig vorkommende Form des Verkaufes.[49])

IX. Ueber die im bürgerlichen Rechte (§§. 1068—1079 a. b. G. B.) aufgestellten Kaufarten: Wieder- oder Rückkauf, bezw. Wiederverkaufs- und Vorkaufsrechte enthält das Handelsgesetzbuch, soweit es in Oesterreich recipirt ist[50]), keine Bestimmungen.

§. 175.

5. Erfüllung des Kaufvertrages.

A. Allgemeines.

Die den Inhalt eines obligationenrechtlichen Vertrages bildenden Rechte und Pflichten der Contrahenten zeigen sich am deutlichsten bei Erfüllung desselben, denn diese ist die Realisirung der aus dem Vertrage entspringenden beiderseitigen Pflichten und Rechte. Diese Rechte und Pflichten ergeben sich zunächst aus dem Begriffe und Zwecke des Kaufvertrages. Hienach ist der eine Contrahent, der Verkäufer, zur Lieferung des Kaufgegenstandes, der Waare, der andere Contrahent, der Käufer, zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. An diese beiden Hauptpflichten, die sich aus dem Begriffe des Kaufvertrages ergeben, schließt sich noch eine Reihe einzelner im Gesetze oder im Vertrage näher bestimmter und umschriebener Pflichten der beiden Contrahenten, welche einerseits als Ausführungsbestimmungen der Erfüllung der oben angeführten zwei Hauptpflichten der beiden Contrahenten angesehen werden können, andererseits aber auch die Wirkungen verzögerter oder mangelhafter Erfüllung sowie der Nichterfüllung enthalten.

Der Charakter des Kaufvertrages als eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes bringt es mit sich, daß Pflicht und Recht einander gegenüberstehen, daß, was Pflicht des Einen, zugleich Recht des Anderen ist, daß, was der Eine leisten muß, der Andere fordern kann.

§. 176.

B. Pflichten des Verkäufers.[1])

I. Die Hauptpflicht des Verkäufers ist die Lieferung und Uebergabe des Kaufgegenstandes, der Waare, an den Käufer, und zwar so, daß dieser,

49) Vgl. Art. 137 Abs. 2, 311, 343 Abs. 2, 348 Abs. 5, 354, 366, 407, 409. — Ung. H. G. §§. 112 Abs. 2, 306, 351 Abs. 1, 347 Abs. 3, 352, 372, 409, 411; bosn. H. G. §§. 116 Abs. 2, 324, 369 Abs. 1, 365 Abs. 5, 370, 385, 422, 424.

50) In dem in Oesterreich nicht recipirten V. Buche findet sich insofern eine Bestimmung über das Vorkaufsrecht, als den Mitrhedern ein solches rücksichtlich des von einem Mitrheder veräußerten Schiffsparts abgesprochen wird.

1) Vgl. hiezu Gareis in Endemann's Hdb. II. §. 269; Cosack, H. R. §. 34. — H. G. B. Art. 342 bis einschl. 345,

soweit dies nach den zur Zeit des Kaufes rücksichtlich des Kaufobjectes bestehenden Rechtsverhältnissen thunlich ist, das volle Genuß- und Verfügungsrecht rücksichtlich des Kaufobjectes erhalte.[2]) Das östr. allg. bürgerl. Gesetzbuch bestimmt ausdrücklich in §. 1053, daß der Kaufvertrag zu den Titeln, Eigenthum zu erwerben, gehöre, daß aber die Erwerbung des Eigenthums erst durch die Uebergabe des Kaufgegenstandes erfolge, und daß bis dahin der Verkäufer das Eigenthumsrecht behält. Das H. G. B. enthält keine diesbezügliche Bestimmung, noch besteht in dieser Hinsicht ein Handelsgewohnheitsrecht; es greifen sohin die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes platz. Jedoch scheint auch das H. G. B. vorauszusetzen, daß die Parteien die Eigenthumsübertragung beabsichtigen (arg. Art. 306 bis 308).

II. Die Uebergabe der Sache seitens des Verkäufers an den Käufer muß am rechten Orte, zur rechten Zeit und in der rechten Art geschehen. Im Allgemeinen kann hier auf die oben (§§. 111 ff.) entwickelten Grundsätze verwiesen werden. Es hat sonach die Uebergabe der Waare zunächst an dem Ort zu geschehen, welcher im Vertrage bestimmt oder nach der Natur des Geschäftes oder der Absicht der Contrahenten als Erfüllungsort anzusehen ist (Art. 324 Abs. 1, 342 Abs. 1).[3]) Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so hat die Uebergabe der Waare an dem Orte der Handelsniederlassung und in deren Ermangelung an dem Wohnorte des Verkäufers zu geschehen. Wenn eine bestimmte Sache (Species) verkauft ist, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Contrahenten an einem anderen Orte befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte (Art. 324 Abs. 2, 342 Abs. 2).[4]) Rücksichtlich des vertragsmäßigen Erfüllungsortes ist noch zu bemerken, daß daraus, daß der Verkäufer die Zahlung der Kosten oder Auslagen der Versendung der Waare übernommen hat, noch nicht gefolgert werden kann, daß der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als der Ort der Erfüllung gilt (Art. 345 Abs. 2).[5])

III. Ueber die Erfüllungszeit des Verkäufers enthält das H. G. B. keine besondere Bestimmung. Der Verkäufer hat daher, sofern nicht durch Vertrag eine Frist festgesetzt ist oder aus der Natur des Geschäftes sich eine solche ergibt, sofort zu erfüllen (Art. 326).[6])

IV. Die Art der Uebermittelung des Kaufgegenstandes bestimmt sich zunächst durch den Vertrag. In Ermangelung einer diesbezüglichen Vertrags-

---

351, 352; ung. H. G. §§. 342 bis einschl. 344; 341, 340; bosn. H. G. §§. 360 bis einschl. 362; 359, 358.

2) Vgl. Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach röm. u. gem. deutschen Rechte (1874), S. 73; Bechmann, Der Kauf nach gem. Rechte I. S. 361 ff., 546 ff., 665 ff.; Windscheid, Pandecten §§. 389, 422; Bernhöft im Jahrb. f. Dogm. XVI. S. 165 ff.; Ihering ebda. XVI. S. 230 ff., 294; v. Krämel in Gruchot's Beitr. XXI. S. 88 ff.; vgl. auch v. d. Leyen in Ztschr. f. H. R. XVI. S. 86 ff.

3) Ung. H. G. §. 322; bosn. §. 338. — Vgl. auch Stahl in Ztschr. f. H. R. S. 365 ff.

4) Ung. H. G. §. 323; bosn. §. 339.

5) Ung. H. G. §. 344 Abs. 2; bosn. §. 362 Abs. 2.

6) Ung. H. G. §. 327; bosn. §. 343.

bestimmung hat bei Distanzgeschäften der Käufer das Recht, die Art der Uebersendung zu bestimmen (Art. 344).[7]) Der Verkäufer hat daher allen Anweisungen des Käufers, selbst nachträglichen, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes Folge zu leisten und macht sich, wenn er ohne dringende Veranlassung von der ihm ertheilten Anweisung abweicht, schadenersatzpflichtig (Art. 345 Abs. 1).[8]) In Ermangelung einer Bestimmung des Käufers über die Art der Uebermittelung hat der Verkäufer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes[9]) die Bestimmung statt[10]) des Käufers zu treffen[11]), insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare besorgt oder ausgeführt werden soll[12]) (Art. 344).[13]) Im Falle der Vernachlässigung der vorgeschriebenen Sorgfalt hat er etwa daraus — ev. auch nachträglich — sich ergebenden Schaden zu verantworten.[14])

V. Der Verkäufer ist ferner verpflichtet, die Waare, so lange der Käufer mit der Empfangnahme nicht im Verzuge ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes[15]) aufzubewahren (Art. 343 Abs. 1 und 282).[16])

VI. Die Waare ist so zu liefern, wie es versprochen wurde, mit

---

7) Ung. H. G. §. 343; bosn. §. 361.

8) Ung. H. G. §. 344; bosn. §. 362.

9) Dies gilt auch für den Nichtkaufmann. — Ob der Verkäufer die vorgeschriebene Sorgfalt angewendet hat, ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere auch der localen Verhältnisse am Orte und zur Zeit der Versendung zu beurtheilen (R. O. H. G. III. S. 101 ff.; Staub, Comm. §. 10 zu Art. 344). Der Beweis hiefür obliegt dem Verkäufer selbst (vgl. R. O. H. G. XXIII. S. 147).

10) „Statt" d. h. möglichst in seinem (des Käufers) Sinn und Interesse (Staub, Comm. §. 7 zu Art. 344), für dessen Rechnung, event. auch, aber nicht nothwendig, in dessen Namen (v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 344; anders Staub a. a. O.).

11) Das Gesetz sagt zwar „gilt . . . für beauftragt"; es ist jedoch hiemit kein Mandat im juristisch-technischen Sinne gemeint, sondern es wird nur ausgesprochen, daß mangels einer diesbezüglichen Vereinbarung ex lege vorausgesetzt wird, daß der Verkäufer die Versendungsart zu bestimmen hat (Staub, Comm. §. 6 zu Art. 344).

12) Vgl. Adler-Clemens III. Nr. 328; R. O. H. G. XIII. S. 151, 324; XIX. S. 244 ff.

13) Ung. H. G. §. 343; bosn. §. 361.

14) R. O. H. G. XXIII. S. 147.

15) Im preuß. Entw. und im Entwurfe erster Lesung stand „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes". Ein bei der zweiten Lesung gestellter Antrag dafür zu setzen „mit Sorgfalt", weil der Ausdruck „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes" auf Nichtkaufleute nicht passe, Kaufleute aber schon durch Art. 240 (des Entw. erster Lesung, = Art. 282 H. G. B.) zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verpflichtet sind (Prot. S. 1373) drang nicht durch. Schließlich wurde bei der redactionellen Feststellung des Artikels die gegenwärtige Fassung angenommen, „Geschäftsmann" statt „Kaufmann" wurde gesetzt, da „nach Art. 265 (Art. 282 H. G. B.) nur derjenige die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu prästiren" habe, „welcher ein Geschäft mache, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft sei. Da nun nicht alle Verkäufer Kaufleute, und nicht alle von ihnen geschlossenen Verkäufe auf ihrer Seite Handelsgeschäfte seien, z. B. die Verkäufe seitens der Producenten, könne man dem Verkäufer auch keineswegs die Präſtation eines ordentlichen Kaufmannes zur Pflicht machen" (Prot. S. 5077 f.).

16) Ung. H. G. §§. 342, 271; bosn. §§. 360, 294; vgl. a. b. G. B. §. 1061.

allem Zubehör und mit allen bedungenen oder von Rechtswegen der Sache zukommenden Eigenschaften. Dies ist besonders von Bedeutung beim Probekauf, beim Kaufe von unvertretbaren Sachen, beim Genuskauf. Auch hat der Verkäufer etwa neben der Lieferung der Waare noch übernommene andere Verpflichtungen, wie z. B. bestimmte Bearbeitung derselben, zu erfüllen.[17])

VII. Die Kosten der Uebergabe trägt, sofern nicht Anderes verabredet oder ortsgebräuchlich ist, der Verkäufer (Art. 351).[18]) In der Regel genügt der Verkäufer dieser Pflicht, wenn er dafür sorgt, daß die Waare am Versendungsorte verladen werde[19]); er trägt sohin in der Regel die Kosten des Transportes bis zum Bahnhof des Absendungsortes und der Verladung am Absendungsorte[20]) und nur ausnahmsweise die ganzen Transportkosten, wenn er es ausnahmsweise übernommen hat, am Wohnsitze des Käufers zu erfüllen (Art. 345 Abs. 2)[21]), so bei Uebernahme einer sog. Francoversendung.[22]) Insbesondere gehören auch die Kosten des Wägens, Zählens und Messens der Waare zu den vom Verkäufer zu tragenden Kosten der Uebergabe. Nicht gehören hieher die Kosten der Verpackung (Emballage), sofern sie zum Zwecke der Versendung erfolgt, wohl aber, wenn sie zu dem Zwecke geschieht, um eine gewisse Anzahl von Gegenständen als Waareneinheit erscheinen zu lassen, in welchem Falle die Hülle als Theil der Waare und mit dieser verkauft erscheint.[23])

§. 177.

C. Pflichten des Käufers.[1])

I. Die aus dem Kaufe sich ergebenden Pflichten des Käufers sind die Annahme der gelieferten Waare, die Bezahlung des Kaufpreises und Erfüllung noch etwa übernommener anderweitiger Verpflichtungen.

II. Erst durch die Uebernahme der Waare seitens des Käufers wird der zum Kaufe erforderliche Traditionsact abgeschlossen. Unter Uebernahme oder Abnahme der Waare kann daher in erster Linie die möglicherweise auch stillschweigend abgegebene Annahmeerklärung verstanden werden, welche jedoch noch nicht die Genehmigung und das Behalten der Waare in sich schließt. Verschieden hievon ist die „Empfangnahme" des Art. 343 H. G. B., worunter das thatsächliche Ansichnehmen der Waare durch den Käufer verstanden wird.[2]) Im Sinne des Art. 346 H. G. B.

17) Vgl. R. O. H. G. XXI. S. 313 ff.
18) Ung. H. G. §. 341; bosn. §. 359.
19) R. G. I. S. 283.
20) R. O. H. G. XVII. S. 9 ff.
21) Ung. H. G. §. 344 Abs. 2; bosn. §. 362 Abs. 2.
22) Siehe R. O. H. G. XVI. S. 15 ff., XVII. S. 9 ff., XXIII. S. 134 f.
23) Siehe hierüber v. Hahn, Comm. II. §. 2 Z. 4 zu Art. 351. Vgl. auch Wolff in Busch's Arch. X. S. 49 ff.; Rebling ebenda XXXIII. S. 139 ff.; Struckmann in Gruchot's Beitr. XVI. S. 803 ff.

1) Vgl. Gareis in Endemann's Hdb. II. §§. 269 u. 271; Cosack, H. R. §. 34; Barkhausen in Ztschr. f. H. R. XXX. S. 30 ff. — H. G. B. Art. 342, 343, 345, 346; ung. H. G. §§. 345, 342, 344; bosn. §§. 363, 360, 362.
2) Vgl. v. Hahn, Comm. §. 1 zu Art. 343; Gareis a. a. O. S. 659.

endlich bedeutet „Empfangnahme" soviel als Billigung der Waare, Genehmigung der Lieferung. Die Uebernahme in dem ersterwähnten Sinne ist ein Willensact, eine Willenserklärung, durch die das Uebergeben zur Tradition, die einseitige Handlung des Liefernden zu einem zweiseitigen Willensacte wird, es ist die Annahme der Traditionsofferte; erst hiemit wird die Tradition vollendet. Der zweite oben aufgestellte Begriff der Empfangnahme bezeichnet eine rein thatsächliche Handlung, die wirkliche Fortschaffung, Hinwegnahme der Waare, unabhängig von einer etwaigen Annahmeerklärung oder Billigung der Waare. Zur Empfangnahme in diesem Sinne gehört Alles, was erforderlich ist, um das Kaufobject aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in jene des Käufers zu bringen.[3]) Diese Pflicht des Käufers tritt, wenn nicht durch Vertrag Anderes bestimmt ist, mit dem Augenblicke der Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers und dessen Aufforderung an den Käufer, die Waare in Empfang zu nehmen[4]), ein. An diesen Zeitpunkt knüpft das H. G. B. in Art. 343 das Erlöschen der oben erwähnten Aufbewahrungspflicht des Verkäufers; d. h. mit dem eingetretenen Verzuge des Käufers, die Waare an sich zu nehmen, erlischt die Aufbewahrungspflicht des Verkäufers.

Eine Pflicht zur Empfangnahme im Sinne des thatsächlichen Nehmens besteht: 1. bei bestellter und empfangbarer, d. i. vertragsmäßiger Waare; denn indem das Gesetz in Art. 346[5]) den Käufer zum Uebernehmen und Behalten dieser Waare verpflichtet, statuirt es zugleich auch die Pflicht des thatsächlichen Ansichnehmens dieser Waare; 2. bei bestellter, aber nicht empfangbarer (vertragswidriger, fehlerhafter, mangelhafter) Waare beim Distanzkauf (arg. Art. 348)[6]) und endlich 3. unter Umständen auch bei nicht bestellter Waare, wenn Absender und Empfänger Kaufleute sind und zwischen ihnen eine Geschäftsverbindung besteht, rücksichtlich der mit dem Auftrage, mit der Offerte übersandten Waare, wenn nämlich die Waare nur durch die thatsächliche Abnahme, aber auch ohne Nachtheil des Empfängers vor Schaden bewahrt werden kann (Art. 323 Abs. 2).[7]) Die Folgen der Nichterfüllung der Annahmepflicht sind je nach der Lage jedes einzelnen Falles verschiedene; die Folgen des Annahmeverzuges bei bestellter Waare (s. oben bei 1 und 2) sind im Zusammenhange mit den übrigen Verzugsfällen (s. unten §. 179) zu erörtern. Diese Empfangnahme im Sinne des thatsächlichen Ansichnehmens der Waare schließt aber noch keineswegs die Verpflichtung in sich, die Waare zu genehmigen und zu behalten; eine solche besteht nur bei bestellter, empfangbarer Waare (s. oben unter 1). Empfangbar aber ist die Waare, sofern sie vertragsmäßig, probemäßig ist, oder in Ermangelung diesbezüglicher besonderer Vereinbarung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, d. i. Handelsgut mittlerer Art und Güte ist (Art. 346 Abs. 1; 335).[8]) Um die Empfangbarkeit der Waare constatiren zu können, bedarf es der Untersuchung der-

---

3) Staub, Comm. §. 1 zu Art. 343.
4) R. G. I. S. 355 ff.
5) Vgl. ung. H. G. §. 345; bosn. §. 363.
6) Vgl. ung. H. G. §. 347; bosn. §. 365.
7) Vgl. ung. H. G. §. 320 Abs. 2; bosn. §. 336 Abs. 2.
8) Ung. H. G. §. 345 Abs. 1, §. 321; bosn. §. 363 Abs. 1, §. 342.

selben. Nähere Bestimmungen rücksichtlich der Untersuchung und insbesondere rücksichtlich der Frist derselben enthält das H. G. B. nur rücksichtlich der Distanzgeschäfte. Bei dem Umstande jedoch, als das Gesetz in Art. 346 Abs. 2[9]) allgemein bestimmt, daß die Empfangnahme bestellter empfangbarer Waare, wenn nichts Anderes bedungen oder ortsgebräuchlich oder durch die Umstände geboten ist, sofort, d. i. „ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang thunlich ist"[10]) (Art. 347)[11]) zu geschehen hat, und in Erwägung der dieser Annahmepflicht zu Grunde liegenden Tendenz des Gesetzes, daß der Verkäufer nicht im Ungewissen gelassen werde hinsichtlich der Empfangbarkeit der Waare und der Käufer nicht auf Kosten des Verkäufers durch sein Zuwarten speculire[12]), ist als allgemeiner Grundsatz (sohin auch für Platzgeschäfte) aufzustellen, daß der Käufer sich die Ueberzeugung von der Empfangbarkeit der Waare sofort (s. oben) zu verschaffen hat.[13]) Er hat also die Waare bei Platzgeschäften sofort bei der Uebernahme, bezw. bei Distanzgeschäften ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich ist[14]), zu untersuchen (Art. 347 Abs. 1)[15]) und wenn dieselbe rücksichtlich ihrer Qualität[16]) nicht als vertragsmäßig oder gesetzmäßig (Art. 335)[17]) erscheint, dem Verkäufer sofort davon die Anzeige zu machen, sog. Rügepflicht (Art. 347 Abs. 1)[18]), widrigenfalls die Waare bis auf solche Mängel, welche bei sofortiger Untersuchung nach ordentlichem Geschäftsgange nicht erkennbar waren, für genehmigt gilt[19]) (Art. 347 Abs. 2).[20]) Der die Waare beanstandende, rügende Käufer muß nach Art. 348 Abs. 1[21]) die Waare aufbewahren, bis der Verkäufer durch die ihm zugekommene Mittheilung der Beanstandung in die Möglichkeit versetzt ist, über die Waare anderweitig zu verfügen (s. auch unten §. 180).

III. Rücksichtlich der zweiten Hauptpflicht des Käufers, der Zahlung

---

9) Ung. H. G. §. 345 Abs 2; bosn. §. 363 Abs. 2.

10) v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 346. Vgl. auch Zimmermann in Busch's Arch. VII. S. 36 ff.

11) Ung. H. G. §. 347; bosn. §. 364.

12) Gareis, H. R. §. 59, S. 437 (4. Aufl.); R. O. H. G. XV. S. 271, XXI. S. 260.

13) R. O. H. G. XIII. S. 365 ff.

14) v. Stubenrauch, H. R. S. 464; Staub, Comm. §. 19a zu Art. 347; vgl. Adler-Clemens V. Nr. 871, VI. Nr 1052. — Es ist nicht erforderlich, daß sofort bei erster Gelegenheit reclamirt werde, doch ohne unnöthigen Verzug (R. O. H. G. II. S. 237). Es kommt im concreten Falle auf die Natur der Waare an (vgl. Adler-Clemens VI. Nr. 1018; R. O. H. G. XI. S. 99 ff.). Zufällige persönliche Verhinderungen sind in der Regel nicht zu berücksichtigen; es kommt jedoch auf die Umstände des einzelnen Falles an (R. O. H. G. III. S. 42 ff., XI. S. 306 ff.). — Vgl. auch Voigtel in Busch's Arch. II. S. 397 ff.; R. Koch ebenda III. S. 301 ff.; Zimmermann ebda. VII. S. 36 ff.; Staub in Gellers C. Bl. f. jur. Praxis XII. S. 537 ff.

15) Ung. H. G. §. 346 Abs. 1; bosn. §. 364 Abs. 1.

16) Fälle aus der Praxis s. bei Staub, Comm. §. 12a zu Art. 347.

17) Ung. H. G. §. 321; bosn. §. 337.

18) und zwar mündlich oder schriftlich (Prot. S. 647, 1383).

19) Vgl. Endemann, H. R. §. 138.

20) Ung. H. G. §. 346 Abs. 2; bosn. §. 364 Abs. 2.

21) Ung. H. G. §. 347 Abs. 1; bosn. §. 365 Abs. 1.

des Kaufpreises, kann im Allgemeinen auf das oben (§. 91) Gesagte sowie auf die einschlägigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes[22]) verwiesen werden. Der Kaufpreis muß, wie bereits oben erwähnt wurde (§. 173), in baarem Gelde bestehen und darf weder unbestimmt, noch gesetzwidrig sein (§. 1054 a. b. G. B.).[23]) Der Preis bestimmt sich entweder durch den Vertrag, oder es kann dessen Bestimmung seitens der Contrahenten auch einem Dritten überlassen sein (§. 1054 a. b. G. B.), sei es einer physischen oder einer juristischen Person, ja auch mehreren Personen, in welchem Falle die Stimmenmehrheit entscheidet. Fallen jedoch in letzterem Falle die Stimmen so verschieden aus, daß der Preis nicht einmal durch wirkliche Mehrheit der Stimmen festgesetzt wird, so ist der Kauf als nicht eingegangen zu betrachten (§ 1057 a. b. G. B.), wie ja der Kauf überhaupt als nicht geschlossen angesehen wird, wenn der Dritte, dem die Festsetzung des Preises überlassen ist, innerhalb des bedungenen Zeitraumes den Preis nicht festsetzt, oder wenn ein Termin für die Abgabe des Ausspruches über den Preis nicht festgesetzt ist und ein Theil vor der Bestimmung des Kaufpreises zurücktreten will (§. 1056). Es kann auch der Werth, welcher bei einer früheren Veräußerung bedungen worden ist, der Bestimmung des Kaufpreises zu Grunde gelegt werden (§. 1058). Läßt sich diesfalls der frühere Preis nicht ermitteln, oder erfolgte die frühere Veräußerung unentgeltlich, so ist der Kauf als nicht geschlossen anzusehen (arg. §. 1054). Außer der oben (§. 173) angeführten Bestimmung des Art. 353[24]) über den Marktpreis enthält das H. G. B. nur bezüglich der Festsetzung des nach dem Gewichte zu berechnenden Preises Bestimmungen. In diesem Falle ist, wenn nicht durch besondere Abrede oder durch den Handelsgebrauch am Orte der Uebergabe Anderes bestimmt ist, das Gewicht der Verpackung (Taragewicht)[25]) in Abzug zu bringen (Art. 352).[26]) Es kann aber je nach Vereinbarung oder nach Handelsgebrauch am Orte der Uebergabe auch vom Nettogewichte der Waare ein Theil zu Gunsten des Käufers als sog. Gutgewicht in Abzug gebracht werden (Art. 352). Ferner kann dem Käufer als Vergütung für schadhafte oder unbrauchbare Theile der Waare ein Abzug, Nachlaß vom Kaufpreise, Refactie genannt, gewährt werden. Ob und in welchem Ausmaße dies geschehen kann, darüber entscheidet der Vertrag oder der Handelsgebrauch am Orte der Uebergabe (Art. 352). Nur ausnahmsweise nimmt die Gesetzgebung durch Aufstellung von Taxen (Tarife) auf die Preisbestimmung Einfluß.

Rücksichtlich des Ortes und der Zeit der Zahlung des Kaufpreises kann hier im Allgemeinen auf das oben (§§. 112, 113) bezüglich des Ortes und der Zeit der Erfüllung handelsrechtlicher Verpflichtungen überhaupt Gesagte verwiesen worden. Das Gesetz enthält im Titel vom

---

22) §§. 1055 bis einschl. 1060 a. b. G. B. — Vgl. hiezu insbes. die Comm. v. Stubenrauch's u. Kirchstetter's.

23) Verabredungen von Gewerbsleuten zu dem Zwecke, um den Preis einer Waare zum Nachtheile des Publicums zu erhöhen, haben keine rechtliche Wirkung (§. 4 des Ges. v. 7. April 1870 Nr. 43 R. G. Bl.).

24) Ung. H. G. §. 339; bosn. §. 357.

25) S. oben §. 173.

26) Ung. H. G. §. 340; bosn. §. 358.

Kaufe nur die eine ausdrückliche Bestimmung, daß, falls nicht die Natur des Geschäftes Anderes erheischt, oder durch Vertrag oder Handelsgebrauch Anderes bestimmt ist, der Kaufpreis bei der Uebergabe zu entrichten ist (Art. 342 Abs. 3).[27])

§. 178.

D. Uebergang der Gefahr.[1])

Zu den Pflichten des Verkäufers und des Käufers gehört auch das Tragen der Gefahr des Kaufobjectes. In dieser Hinsicht hat das Handelsgesetzbuch nur für den Fall etwas Besonderes bestimmt, wenn die Waare dem Käufer von einem anderen Orte übersendet wird[2]) (Art. 345).[3]) Von dem Grundsatze ausgehend, daß die Gefahr der Waare von dem Zeitpunkte ab, „an welchem der Verkäufer Alles gethan hat, was von seiner Seite zur Erfüllung des Vertrages erforderlich ist"[4]), vom Verkäufer auf den Käufer übergehe, bestimmt das H. G. B. in Art. 345, daß nach Uebergabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer oder die sonst zum Transporte der Waare bestimmte Person der Käufer die Gefahr trägt, von welcher die Sache getroffen wird; und daß der Verkäufer die Gefahr, von welcher die Sache auf dem Transporte getroffen wird, nur dann zu tragen hat, wenn er gemäß dem Vertrage die Waare an dem Orte, wohin der Transport geschieht, zu liefern hat, so daß dieser Ort für ihn als der Erfüllungsort gilt. In letzterem Falle hat der Verkäufer erst dann Alles gethan, was seinerseits zur Erfüllung des Vertrages erforderlich ist, wenn er den Transport nach dem Erfüllungsorte vollzogen hat. Dieser Transport ist sohin im voliegenden Falle Sache des Verkäufers, daher trägt er auch die Gefahr des Transportes; im ersteren Falle aber hat der Verkäufer seine Pflicht erfüllt, sobald er die Waare dem Spediteur oder Frachtführer oder der sonst zum Transport der Waare bestimmten Person übergeben hat, und es ist Sache des Käufers, die Waare von diesem Erfüllungsorte nach dem Bestimmungsorte weiter befördern zu lassen, der Käufer trägt daher die Gefahr dieses Transportes. Daher trägt der Verkäufer die Kosten des Transportes, wenn am Bestimmungsorte der Waare zu erfüllen ist, der Käufer, wenn am Absendungsorte.[5]) In letzterem Falle erscheint der Verkäufer rücksichtlich

---

27) Ung. H. G. §. 345; bosn. §. 363.

1) Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. I. S. 80 ff., III. S. 303 ff.; Windscheid, Pandecten §. 390 Note 9; Hofmann, Ueber das Periculum beim Kauf (1870); Regelsberger in Krit. Vierteljahrsschrift XIII. S. 90 ff.; Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts (1885; dazu Eck in Ztschr. f. H. R. XXXIII. S. 141 ff.); Gareis in Endemann's Hdb. II. §. 270; Endemann, H. R. §. 133 und die H. G. Comm. zu Art. 345; Wolff in Busch's Arch. XXII. S. 88 ff.; Stahl in Ztschr. f. H. R. XVIII. S. 372 ff.; Jhering in s. Jahrb. I. S. 449 ff., IV. S. 366 ff.; Unger, Handeln auf fremde Gefahr S. 44 ff. — Rechtsquellen: Art. 345 H. G. B.; ung. H. G. §. 344; bosn. §. 362.

2) v. Stubenrauch, Comm. zum a. b. G. B. (4. Aufl.) II. zu §. 1066.

3) Ung. H. G. §. 344; bosn. §. 362.

4) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 345.

5) v. Hahn, Comm. II. §. 10 zu Art. 345.

der vom Käufer wegen des Transportes vom Absendungs- als Erfüllungsorte nach dem Bestimmungsorte gegebenen Anweisungen als Mandatar des Käufers, ist daher auch für allen Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß er ohne dringende Veranlassung[6]) von der vom Käufer angegebenen Art der Uebersendung abgewichen ist. Jedoch läßt sich aus der Uebernahme der Kosten oder Auslagen der Versendung seitens des Verkäufers allein noch nicht schließen, daß der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer der Erfüllungsort sei (Art. 345 Abs. 2).[7]) Durch die vorstehenden Bestimmungen aber hat das H. G. B. nur für die zwei Fälle des Kaufes, der nach auswärts zu sendenden und der von auswärts zu bringenden Quantität[8]), den Zeitpunkt festgesetzt, von welchem ab spätestens jedenfalls die Gefahr auf den Käufer übergeht[9]), und erklärt zudem noch ausdrücklich, daß hiedurch die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes nicht berührt werden, wonach die Gefahr schon seit einem früheren Zeitpunkte von dem Käufer getragen wird (Art. 345 Abs. 3).[10]) Dies ist nach österreichischem bürgerlichen Rechte nur beim Kaufe in Pausch und Bogen rücksichtlich des zufälligen Unterganges einzelner Stücke der Fall, sofern dadurch das Ganze nicht über die Hälfte am Werthe vermindert wird (§. 1049 a. b. G. B.). Auf alle Fälle von Handelskäufen, die nicht unter Art. 345 H. G. B. fallen, kommt rücksichtlich der Frage der Gefahrtragung das bürgerliche Recht zur Anwendung.[11])

§. 179.

E. Verzug in der Erfüllung des Kaufvertrages.[1])

I. Das Handelsgesetzbuch gibt keine Definition des Verzuges und enthält auch nicht eine erschöpfende Regelung der Lehre vom Verzuge,

---

6) „Dringende Veranlassung" ist nicht gleichbedeutend mit Nothfall. Ob eine dringende Veranlassung vorliegt, ist im concreten Falle zu untersuchen. (Beispiele hiefür bei v. Hahn, Comm. II. §. 8 zu Art. 345 Note 7: „Das vom Käufer bezeichnete Dampfschiff wird später abgehen, als der Käufer anzunehmen in der Lage war. Der Verkäufer weiß aber, daß der schleunige Empfang der Waare dem Käufer erwünscht ist, und wählt ein anderes gleich sicheres, früher abgehendes Dampfboot. — Der Verkäufer hat Versendung mit einem Segelschiff angeordnet; es ist aber wahrscheinlich, daß wegen frühen Eintrittes des Frostes nur noch die Dampfboote das offene Meer erreichen. — Es ist zu befürchten, daß das Schiff, mit welchem versandt werden soll, mit Embargo belegt werden würde. Der Verkäufer ladet die Waare auf einem einer anderen Nationalität angehörenden Schiffe ab. — Zufolge eines neuen Reglements kommt die Versendung auf einer anderen Eisenbahn billiger zu stehen, als auf der vom Verkäufer aufgegebenen.") — Vgl. auch Adler-Clemens IX. Nr. 1544.

7) Ung. H. G. §. 344 Abs. 2; bosn. §. 362 Abs. 2.

8) v. Hahn, Comm. II. §. 11 zu Art. 345.

9) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 345.

10) Ein solcher Vorbehalt für das bürgerliche Recht fehlt im ung. u. bosn. H. G. (§. 344 ung., §. 362 bosn. H. G.).

11) §§. 1048—1051, 1064 a. b. G. B.

1) Vgl. außer den Comm. u. Lehrb. des röm., gem. und östr. bürg. R. und des H. R. noch insbes.: Madei, Die Lehre von der Mora (1887); Wolff, Die Lehre von der Mora; Unger in Haimerl's Vierteljahrsschrift XIV. S. 125 ff.; Swoboda in Oestr. Allg. Ger. Ztg. Nr. 77 v. 1864; Johanny, ebda. Nr. 86, 87, 88 v. 1866; Kniep, Die Mora des

sondern begnügt sich damit, an verschiedenen Stellen Rechtsfolgen des Verzuges aufzustellen, so außer den hier zu besprechenden Bestimmungen rücksichtlich des Verzuges beim Kaufe (Art. 343, 354—357) die Verzugszinsen in Art. 288, 289[2]) (s. oben §. 105), das Recht des Commissionärs, sich im Falle des Verzuges des Committenten aus dem Commissionsgute unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310[3]) (s. oben §. 161) bezahlt zu machen (Art. 375)[4]): aber weder über die Voraussetzungen des Verzuges, noch über seinen Eintritt und seine Beendigung enthält das H. G. B. eine Bestimmung[5]), ja, es regelt nicht einmal die Wirkungen des Verzuges für die Verpflichtungen aus Handelsgeschäften in erschöpfender Weise. Es haben sohin auch beim Verzuge in Erfüllung des Kaufvertrages die Normen des bürgerlichen Rechtes Geltung, sofern nicht die im Folgenden zu erörternden Bestimmungen der Art. 343, 354—357 H. G. B. Besonderes anordnen.

Ein Verzug in der Erfüllung des Kaufvertrages kann auf Seite beider Contrahenten in zweifacher Weise stattfinden. Der Verkäufer oder der Käufer können mit ihrer Leistung in Verzug sein (mora solvendi), der Verkäufer mit der Ablieferung der Waare, der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises; oder der Verkäufer oder der Käufer können mit der Empfangnahme der angebotenen Leistung des anderen Contrahenten im Verzuge sein (mora accipiendi), der Verkäufer mit der Empfangnahme des Preises, der Käufer mit der Empfangnahme der Waare. Diese vier Fälle sollen im Folgenden, soweit das H. G. B. besondere Bestimmungen enthält, besprochen werden.

II. Ist der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzug, so hat der Käufer die Wahl, entweder Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung, oder statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nicht-

---

Schuldners (1871—1872); Laband in Ztschr. f. H. R. IX. S. 257 ff.; Pfizer ebenda XXXV. S. 398 ff.; Kohler in Jahrb. f. Dogmat. XVII. S. 261 ff.; Voigtel in Busch's Arch. III. S. 323 ff.; v. Völderndorff ebda. XI. S. 172 ff.; Lamprecht ebenda XXVI. S. 1 ff.; Ladenburg ebenda XXXI. S. 335 ff.; v. Schey, Die mora creditoris (1884). — Rechtsquellen: H. G. B. Art. 343, 354—356, 359; ung. H. G. §§. 351, 352, 354, 358; bosn. H. G. §§. 360, 369, 370—372, 376.

2) Vgl. ung. H. G. §§. 282, 283; bosn. §§. 302, 303.

3) Ung. H. G. §. 305; bosn. §. 323.

4) Ung. H. G. §. 380; bosn. §. 393.

5) Betreffend die Mahnung enthält das H. G. B. überhaupt nur die negative Bestimmung, daß die Uebersendung einer Rechnung für sich noch nicht als Mahnung gelte (Art. 288 Abs. 2 H. G. B. — vgl. ung. H. G. §. 282 Abs. 2; bosn. §. 302 Abs. 2). „Damit ist nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr ausgedrückt, daß im Zusammenhang mit anderen Umständen die Uebersendung der Rechnung diese Bedeutung gewinnen kann" (Regelsberger in Endemann's Hdb. II. §. 253 S. 505), z. B. bei Wiederholung der Zusendung der Rechnung, u. zw. „insbesondere wenn dieselbe nicht specialisirt ist, sondern nur die Bemerkung ‚laut übersandter Rechnung' enthält" (v. Hahn, Comm. II. zu Art. 288 Abs. 2). Keine Mahnung ist die Uebertragung des Betrages bezw. des Restbetrages einer bereits übersandten Rechnung als ersten Posten („Uebertrag", „Transport") auf eine neue Rechnung (v. Hahn a. a. O.). Es ist jedoch nicht als wiederholte Zusendung einer Rechnung anzusehen, wenn die Rechnung nur eine Zusammenstellung der den einzelnen Waarensendungen zur Notiz beigegebenen Rechnungen enthält (v. Hahn a. a. O.).

erfüllung zu fordern oder endlich vom Vertrage abzugehen, als wenn er gar nicht geschlossen worden wäre (Art. 355).[6]) Im Falle der Käufer eine der beiden letztgenannten Alternativen wählen will, so muß er dies dem Verkäufer anzeigen und ihm hiebei, wenn es die Natur des Geschäftes zuläßt, noch eine den Umständen angemessene[7]) Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren[8]) (Art. 356).[9]) Eine bestimmte Form für diese Anzeige ist nicht vorgeschrieben. Die Frist ist im Streitfalle vom Richter zu bestimmen. Wenn aber die Natur des Geschäftes die Nachholung des Versäumten nicht zulassen sollte, wie z. B. wenn junge Bäume zur Anpflanzung gekauft sind, aber innerhalb der zum Pflanzen geeigneten Zeit nicht geliefert wurden[10]), sowie wenn bedungen wäre, daß die Waare genau zu einer bestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll (d. i. bei Fixgeschäften), bedarf es seitens des Käufers keiner Anzeige über die getroffene Wahl, noch der Gewährung einer Frist zur Nachholung des Versäumten, wohl aber muß in diesem Falle der Käufer, wenn er auf der Erfüllung des Vertrages besteht, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist dem Verkäufer anzeigen, widrigenfalls er später nicht mehr auf Erfüllung dringen darf (Art. 357 Ab. 1).[11])

6) Ung. H. G. §. 352; bosn. §. 371; anders §. 919 a. b. G. B., wonach, wenn ein Theil den Vertrag entweder gar nicht oder nicht zu der gehörigen Zeit, oder nicht am gehörigen Orte, oder nicht auf die bedungene Weise erfüllt, der andere Theil außer den im Gesetze bestimmten Fällen (§§. 908, 978, 1117, 1118, 1153, 1154, 1166, 1210 und 1264 a. b. B. G.) oder einem ausdrücklichen Vorbehalte (sog. irritatorische Clausel) nicht berechtigt ist, die Aufhebung des Vertrages zu fordern, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und außerdem noch Ersatz verlangen darf, welcher Grundsatz aber dem Wesen des Rechtsverhältnisses nach auf solche Verträge nicht anwendbar ist, welche bloß auf den Vortheil eines Contrahenten gerichtet sind (z. B. Schenkung, Commodat 2c.). — Vgl. hiezu insbesondere v. Stubenrauch (Schreiber-Schuster), Comm. zum a. b. G. B. zu §§. 919 und 1066.

7) Ob eine Frist angemessen ist, ist im concreten Falle Thatfrage (v. Hahn, Comm. II. §. 14 zu Art. 356; Staub, Comm. §. 20 zu Art. 356; R. O. H. G. III. S. 213, VII. S. 392, VIII. S. 19, 81, 127, XIII. S. 192 f., XX. S. 302; R. G. IV. S. 56, VII. S. 79 f.).

8) Ueber die Bedeutung des Gewährens einer Nachfrist s. insbesondere v. Hahn, Comm. II. §. 15 zu Art. 356; Staub, Comm. §. 19 zu Art. 356; R. O. H. G. VIII. S. 127 (vgl. auch R. O. H. G. VIII. S. 19, R. G. VII. S. 79, 80; Bolze, Praxis d. R. G. VII. Nr. 582); Lamprecht in Busch's Arch. XXVI. S. 101 ff. Der nichtsäumige Contrahent ist nicht verpflichtet, in seiner Wahlanzeige eine Nachfrist zu setzen, sondern er muß nur abwarten, ob nicht der säumige Contrahent doch noch erfüllen werde. Ebensowenig braucht der andere Contrahent um die Nachfrist anzusuchen, diese muß ihm ex lege gelassen werden (vgl. auch Thöl, H. R. I. §. 282).

9) Ung. H. G. §. 354; bosn. §. 372.

10) v. Kräwel, Comm. bei Art. 356 S. 474 Anmerkg. 1.

11) Ung. H. G. §. 355 Abs. 1; bosn. §. 373 Abs. 1. — Maßgebend für diese Bestimmung des Art. 357 Abs. 1 war, daß bei solchen Geschäften nach der anzunehmenden Absicht der Contrahenten der Säumige nicht mehr mit Sicherheit auf Abnehmen der verspäteten Lieferung rechnen könne (Prot. S. 1411); denn es ist diesen Geschäften wesenhaft, daß die Lieferung eben nur zur verabredeten Zeit, weder früher, noch später gefordert oder gemacht werden darf (Prot. S. 678). Es wäre andernfalls auch der Zweck des Geschäfts illusorisch, und dem nichtsäumigen Contrahenten die Möglichkeit gegeben, auf Kosten des Säumigen zu speculiren und seinen Entschluß je nach dem Sinken od. Steigen des Preises zu modifi-

Es ist Sache des Richters, im concreten Falle zu entscheiden, ob die Anzeige eine unverzügliche war.[12]) Bei theilbarer Leistung kann jedoch der Rücktritt vom Vertrage nur rücksichtlich des vom Verkäufer nicht erfüllten Theiles geschehen[13]) (Art. 359).[14]) Verlangt der nicht säumige Käufer vom morosen Verkäufer statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung, so bestimmt sich nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die Höhe des Schadenersatzbetrages, wenn die Waare einen Markt- oder Börsepreis hat, durch die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Markt- oder Börsepreise der fraglichen Waare zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung, vorausgesetzt natürlich, daß der seinerzeit vereinbarte Kaufpreis niedriger bemessen war als der Markt- oder Börsepreis zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung. Hiedurch wird jedoch dem Verkäufer sein Recht auf Ersatz eines etwaigen erweisbaren höheren Schadens nicht verkürzt (Art. 357 Abs. 3).[15]) Diese gesetzliche Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß der Schade des nicht säumigen Käufers zumeist darin zum Ausdrucke gelangt, daß er die ihm vom morosen Verkäufer geschuldete, nicht gelieferte Waare nun anderswoher zu einem höheren Preise als dem seinerzeit vereinbarten, kaufen muß, wodurch aber eben nur die untere Grenze des Schadenersatzanspruches gegeben ist, und es dem Käufer wie gesagt keinesfalls benommen ist, einen erweislich höheren Schaden zu beanspruchen.[16])

Analog dieser gesetzlichen Bestimmung läßt sich der Schaden, den der Käufer durch die Nichterfüllung seitens des säumigen Verkäufers erlitten hat, auch bei Waaren, die keinen Markt- oder Börsepreis haben, ermitteln. Der Käufer, welcher der geschuldeten Leistung bedarf, ist gezwungen, sich die Waare anderweitig zu verschaffen; in der Differenz des thatsächlichen Preises und des vereinbarten, vorausgesetzt daß ersterer höher ist als letzterer, liegt der Mindestbetrag des Schadens des Käufers, dem es auch diesfalls nicht verwehrt wird, einen erweislich höheren Schadenersatzbetrag zu beanspruchen. Damit er aber seiner Schadenersatzforderung diesen Preis zu Grunde legen kann, muß er diesen Kauf möglichst rasch und unter redlicher Wahrung des Interesses des Verkäufers abschließen.[17]) Er ist aber nicht verpflichtet, den ihm hieraus erwachsenden Vortheil dem säumigen Contracttheile herauszugeben, wenn er z. B. die Waare um einen geringeren Preis als den vereinbarten gekauft hätte.[18]) Der thatsächliche anderweitige Kauf ist jedoch nicht das einzige

---

ciren, ein Verfahren, welches seitens der Codificationscommission gegenüber dem Säumigen umsomehr als unbillig erkannt wurde, als es nicht immer dessen eigene Schuld ist, daß er in Verzug kommt, sondern daß der Verzug auch in anderen außer seiner Machtsphäre liegenden Umständen seine Ursache haben kann, z. B. im Zufrieren des Hafens, in welchem die zu liefernde Waare lagerte (Prot. S. 4600).

12) Prot. S. 5082.

13) Vgl. R. O. H. G. IX. S. 340 ff.

14) Ung. H. G. §. 358; bosn. §. 376.

15) Ung. H. G. §. 356 Z. 2; bosn. §. 374 Z. 2. Vgl. Brauer in Busch's Arch. XIII. S. 373 ff.

16) Gareis in Endemann's Hdb. II. §. 275 (S. 733, 734).

17) Vgl. R. O. H. G. XIII. S. 246, XIV. S. 6 ff., 142, XVI. S. 202 f., 282, XVII. S. 257, XVIII. S. 225.

18) Vgl. R. O. H. G. XX. S. 223 ff.; XXII. S. 184 ff.; R. G. V. S. 65.

Mittel zur Festsetzung des Schadenersatzbetrages, sondern es kommen zur Ermittelung des Schadensbetrages die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes[19]) (mit etwaiger Abänderung durch Art. 283) zur Anwendung[20]) (s. oben §. 105).

III. Beim Verzuge des Käufers mit der Zahlung des Kaufpreises[21]) ist zu unterscheiden, ob die Waare bereits übergeben ist oder nicht. In ersterem Falle steht dem nichtsäumigen Verkäufer nur die Klage auf nachträgliche Zahlung und auf Schadenersatz wegen der verspäteten Erfüllung und insbesondere ein Anspruch auf sechsprocentige Verzugszinsen zu (Art. 287), die bereits übergebene Waare kann er aber nicht mehr zurückfordern, noch kann er vom Vertrage zurücktreten. Dies gilt auch dann, wenn die Waare nach oder trotz erfolgter Uebergabe an den Käufer sich noch oder wieder im Gewahrsam des Verkäufers findet. In diesem Falle kann dem Verkäufer eventuell ein Retentionsrecht rücksichtlich der Waare zur Sicherstellung des Kaufpreises zustehen[22]), nicht aber kann er die Waare zurückfordern oder vom Vertrage abstehen.

Ist aber die Waare noch nicht übergeben, so hat der Verkäufer beim Zahlungsverzuge des Käufers[23]) die Wahl, entweder die nachträgliche Erfüllung des Vertrages und Schadenersatz wegen der verspäteten Erfüllung zu verlangen, oder vom Vertrage abzugehen, als ob derselbe nicht geschlossen wäre, oder statt der Erfüllung des Vertrages die Waare nach vorgängiger Androhung für Rechnung des Käufers öffentlich oder, wenn sie einen Börse- oder Marktpreis hat, auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler oder einen anderen hiezu befugten Beamten zum laufenden Preise zu verkaufen und Schadenersatz zu fordern[24]) (Art. 354

19) A. b. G. B. §§. 1293 ff. — Vgl. hiezu außer den Comm. z. a. b. G. B. Unger, System II. §§. 100—102; derselbe in Haimerl's Vjschr. XIV. S. 111 ff.; in Günhut's Ztschr. VIII. S. 309 (auch Allg. Ger. Ztg. Nr. 58—64 v. 1881); Schiffner, System I. §. 133; Pfaff, Randa, Strohal, Drei Gutachten über die beim V. Advocatentage 1880 beantragte Revision des 30. Hptst. des a. b. G. B.; Pfaff in Grünhut's Ztschr. XII. S. 613 ff., Jur. Bl. Nr. 22 v. 1880; Hasenöhrl, Obl. R. I. §. 19; Burckhard, System II. S. 249 ff.; Krainz, System I. §§. 138, 139.

20) v. Hahn, Comm. II. §. 3 zu Art. 355.

21) Wann Zahlungsverzug eintritt, bzw. wann die Zahlung fällig ist, darüber s. oben §. 113; vgl. außerdem Staub, Comm. §§. 1—12 zu Art. 354; R. O. H. G. V. S. 180 ff., 287, IX. S. 267, X. S. 274 ff., XV. S. 55, XVI. S. 421 ff.; R. G. I. S. 357 f.

22) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 354, und Anmerkung 2 daselbst.

23) Z. B. bei einem Pränumerationskauf, wo die Zahlung des Preises der Uebergabe des Kaufobjectes vorausgehen soll.

24) Gegen dieses dreifache Wahlrecht des Verkäufers wurden allerdings bei Gelegenheit der Berathungen in den Nürnberger Conferenzen Bedenken geltend gemacht, wie daß hiedurch die Folgen des Verzuges für den Käufer ungebührlich erschwert würden, der Verkäufer aber nicht nur gegen die Nachtheile aus dem Verzuge des anderen Contrahenten geschützt wäre, sondern außerdem den Verzug zu seiner Bereicherung ausbeuten könne, indem er bei fallender Conjunctur die Waare für Rechnung des Käufers, bei steigender für seine eigene Rechnung verkaufen würde, was auch praktische Bedenken gegen sich habe, da im Handelsverkehre selten ein Geschäft für sich allein, sondern zumeist im Zusammenhange mit anderen Geschäften abgeschlossen werde, und sohin auch der

und 343).[25]) Wählt der Käufer eine der beiden letzterwähnten Alternativen, so muß er dies dem Verkäufer anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäftes es zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren (Art. 356).[26]) Ist die Waare dem Verderben ausgesetzt und[27]) ist Gefahr im Verzuge, so bedarf es der vorgängigen Anzeige der getroffenen Wahl, der Androhung des Verkaufes und einer etwaigen Fristgewährung nicht (Art. 343)[28]); und ebenso nicht bei Fixgeschäften[29]) (Art. 357).[30]) Jedoch muß der Käufer, wenn die Waare einen Markt- oder Börsepreis hat, den Verkauf unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist vornehmen; ein späterer Verkauf gilt nicht als für Rechnung des Käufers geschehen. Besteht jedoch der Käufer im Falle des Zahlungsverzuges des Verkäufers bei einem Fixgeschäfte auf Erfüllung des Vertrages, so muß er dies dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist anzeigen, widrigenfalls er nicht mehr auf der Erfüllung bestehen kann (Art. 357).[31]) Die Schadensberechnung geschieht hier analog wie in dem oben unter Nr. II besprochenen Falle des Lieferungsverzuges des Verkäufers. Ferner gilt auch beim Zahlungsverzug des Verkäufers für den Fall der Theilbarkeit der Leistung (d. i. hier des Preises) das oben (unter III.) rücksichtlich des Leistungsverzugs des Verkäufers Gesagte (Art. 359).[32])

IV. Rücksichtlich der mora accipiendi des Verkäufers enthält das H. G. B. keine Bestimmung; es gelten diesbezüglich die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (§§. 1419, 1425 a. b. G. B.): der Käufer kann

---

Käufer vielleicht mit Rücksicht auf den Einkauf der Waare Verkäufe abgeschlossen oder sonst mittels der gekauften Waaren zu erfüllende Verbindlichkeiten eingegangen habe. Durch den Rücktritt des Käufers würde diesfalls „eine unlösbare Verwirrung, jedenfalls ein ganz unverhältnißmäßiger Nachtheil für den Käufer entstehen". Gegen diese Bedenken wurde auf der anderen Seite geltend gemacht, daß auch der Verkäufer auf das pünktliche Eingehen des Geldes rechne, um es für weitere Speculation zu verwenden, weshalb er befugt sein müsse, über die Waare zu verfügen und selbe schnell in Geld umzusetzen. Durch den Verkauf der Waare für Rechnung des Käufers werde der Verkäufer nicht der Verpflichtung der Rechenschaftslegung und des Beweises der Beobachtung möglichster Sorgfalt gegenüber dem Käufer enthoben; durch den Rücktritt des Verkäufers werde der Käufer seiner Verpflichtung ganz enthoben, bei Verkauf für Rechnung des Käufers aber müsse dieser für den Mindererlös aufkommen; auch sei anzunehmen, daß vom Rücktrittsrechte nur in jenen Fällen Gebrauch gemacht würde, wenn der Preis der Waare ziemlich gleich geblieben sei, denn bei Sinken des Preises werde der Verkäufer nicht zurücktreten wollen, und beim Steigen des Preises werde der Käufer bemüht sein, das Versäumte nachzuholen und den Kaufpreis zu erlegen (Prot. S. 1408).

25) Ueber das Verhältniß dieser beiden Artikel s. R. O. H. G. XI. S. 77 ff., 105, XII. S. 57 f., 85 ff. — Vgl. auch R. O. H. G. VII. S. 405 ff., IX. S. 116 ff., X. S. 238 ff., XVI. S. 315, XVII. S. 422 ff., XX. S. 223 ff.; R. G. V. S. 58 f., VIII. S. 22 ff., 24 ff.

26) Ung. H. G. §. 354; bosn. §. 372.

27) Das „und" in Art. 343 Abs. 3 ist nicht disjunctiv gebraucht; beide Voraussetzungen müssen gleichzeitig zutreffen, es muß wegen bevorstehenden Verderbens der Waare Gefahr im Verzug sein (v. Hahn, Comm. §. 17 zu Art. 343; s. auch unten §. 180).

28) Ung. H. G. §. 351; bosn. §. 369.

29) S. oben §. 174, II.

30) Ung. H. G. §. 355; bosn. §. 373.

31) Ung. H. G. §. 356; bosn. §. 374.

32) Ung. H. G. §. 358; bosn. §. 376.

sich diesfalls durch gerichtliche Hinterlegung des Kaufpreises von seiner Verpflichtung liberiren, während der Verkäufer von nun ab die Gefahr trägt und für jeden Nachtheil des Käufers diesem ersatzpflichtig wird.

V. Ist endlich der Käufer mit der Empfangnahme der Waare im Verzug, so ist der Verkäufer nicht mehr verpflichtet, diese Waare mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes noch weiter aufzubewahren, sondern er kann sie auf Kosten und Gefahr des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause, oder bei einem Dritten oder bei Gericht deponiren, oder er kann nach vorgängiger Androhung die Waare öffentlich oder wenn sie einen Börse- oder Marktpreis hat, auch nichtöffentlich durch einen Mäkler oder in Ermanglung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten und zum laufenden Preise verkaufen[32a]) (Art. 343). Wenn die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, bedarf es der vorherigen Androhung nicht (Art. 343 Abs. 2). Von dem vollzogenen Verkaufe hat er den mit der Empfangnahme säumigen Käufer sofort zu verständigen, widrigenfalls er diesem schadenersatzpflichtig würde (Art. 343 Abs. 3).

Auch hier entfällt bei Fixgeschäften die Anzeigepflicht; jedoch muß der Verkäufer, wenn die Waare einen Markt- oder Börsepreis hat, damit diese statt der Erfüllung als für Rechnung des säumigen Käufers verkauft gelte, dieselbe unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist verkaufen. Der bewirkte Verkauf ist ungesäumt dem Käufer mitzutheilen (Art. 357).

Als Ort des Verkaufes gilt jener, an welchem sich die Waare im Augenblicke des Beginnes des Verzugs befindet.[33])

VI. Jeder Theil ist berechtigt, den Verzug des anderen Contrahenten durch eine öffentliche Urkunde (Protest) feststellen zu lassen (Art. 358).[34])

§. 180.

F. Mangelhafte Erfüllung des Kaufvertrages.[1])

I. Nicht nur zur richtigen Zeit und am richtigen Orte müssen Käufer und Verkäufer den Vertrag erfüllen, sie müssen auch jeder ihre Leistung

32a) Vgl. Adler-Clemens IV. Nr. 1544.
33) R. G. XV. S. 1 ff.
34) Ung. H. G. §. 357; bosn. §. 375.
1) Vgl. außer den Comm. und Lehrbüchern des H. R. insbesondere noch: Gareis, Das Stellen zur Disposition nach gem. Deutschen Recht (1870); Bruck, Die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufobjectes (1874); Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare (1883—1887), insbes. I. S. 199—276, II. S. 1—89, 129—167, 321—332, 344—399 (vgl. dazu Randa in östr. allg. G. Ztg. Nr. 30 v. 1883); Eck in Juristischen Abhandlungen, Festgabe für G. Beseler (1885) S. 161 ff.; v. d. Leyen in Ztschr. f. H. R. XVI. S. 86 ff.; Goldschmidt ebenda XV. S. 315 ff., XIX. S. 98 ff.; Römer ebenda XIX. S. 123 ff., XXIII. S. 1 ff.; Schlodtmann ebd. XXXVII. S. 1 ff., XXXVIII. S. 253 ff.; Fick im Arch. f. W. R. VIII. S. 21 ff., IX. S. 371 ff.; Auerbach in Busch's Arch. IV. S. 101 ff.; Meier ebda. XXX. S. 31 ff.; v. Kräwel ebda. XXXVI. S. 145 ff.; Staub in Geller's C. Bl. f. jur. Praxis XII. S. 537 ff.; Kricheldorff, Haftung des Verkäufers bei behebbaren Mängeln der Kaufsache (Inaug. Diss. Göttingen 1893); Unger, Handeln auf fremde Gefahr S. 48 ff. — Für das östr. Recht vgl. insbes. (außer den Commentaren zum a. b. G. B.) noch

ganz erfüllen und so erfüllen, wie es im Vertrage vereinbart ist. Der Käufer kommt, wenn er den fälligen Kaufpreis oder die fälligen Theilzahlungen auf denselben nicht leistet, rücksichtlich des Kaufpreises bezw. der fälligen Raten desselben in Verzug, und es kommen auf ihn die im vorigen Paragraphen erörterten Vorschriften über die mora solvendi in Anwendung. Ebenso ist der Verkäufer, wenn er überhaupt nicht leistet, oder wenn er nur einen Theil leistet, mit seiner ganzen fälligen Leistung oder mit einem Theile der fälligen Leistung in Verzug, und es sind diesbezüglich die Normen rücksichtlich der mora anzuwenden. Der Quantitätsmangel macht die Leistung des Verkäufers zu einer theilweisen Leistung und setzt den Verkäufer rücksichtlich des fälligen restlichen Quantums in mora; doch kann das Unterlassen der Rüge des Mankos als eine Verschuldung des Käufers gegenüber dem Verkäufer anzusehen sein, da sie unter Anderem die Reclamation des Absenders gegenüber dem Frachtführer erschwert.[2]) Wurde Anderes geliefert und angenommen, als gekauft war, oder wurde Waare anderer Art (nicht etwa minderer Qualität derselben Gattung) geliefert und angenommen, als bestellt war, so kann diese Leistung als Nichterfüllung angefochten werden[3]), und der Vertrag unter Rückstellung des Uebergebenen innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist als unerfüllt angesehen werden. Eine Fiction der Genehmigung des aliud durch Schweigen tritt hier nicht ein.[4])

II. Eine besondere Behandlung aber hat im Rechte, und speciell auch im H. G. B. die Frage der Geltendmachung von Qualitätsmängeln gefunden. Die Sicherheit und Schnelligkeit der Geschäftsabwickelung, sowie Treue und Glauben im Handelsverkehre erheischen unverzügliche Untersuchung der gelieferten Waare auf ihre vertragsmäßige Beschaffenheit und ungesäumte Geltendmachung etwa vorgefundener Mängel: „Der Verkäufer darf", wie die Motive zum preuß. Entwurfe eines H. G. B. (S. 141) ausführen, „billigerweise in nicht allzulanger Zeit darüber Gewißheit erwarten, ob der Käufer die gelieferte Waare behalten will oder nicht, theils um in der Lage zu sein, noch zeitig anderweit über sie verfügen zu können, theils weil durch den Ablauf einer längeren Zeit ihm der Beweis, daß die Waare in vertragsmäßigem Zustande geliefert sei, erschwert und bei veränderlichen Waaren vielleicht unmöglich gemacht werden würde. Auf der anderen Seite würde der Käufer, wenn ihm freistände, alle Fehler der Waare innerhalb der Verjährungszeit geltend zu machen, die Möglichkeit haben, von dem Steigen der Preise Vortheil zu ziehen, beim Fallen derselben aber sich auf die Fehler der

---

Rauscher, Darstellung der Lehre von der Gewährleistung (1833); Michel, Darstellung der Gewährleistung nach östr. Privatr. (1849); Habietinek in Haimerl's Vierteljahrschr. IX. S. 254 ff.; Hasenöhrl, Oestr. Obl. R. II. §. 93; Krainz, System II. §§. 321, 322. — Rechtsquellen: Art. 335, 346—350 H. G. B. (Vgl. §§. 922-933 östr. a. b. G. B.; Deutsches Reichsgesetz v. 14. Mai 1879, 29. Juni, 5. Juli, 12. Juli 1887); ung. H. G. B. §§. 321, 345, 346, 347, 349, 350; bosn. §§. 337, 363, 364, 365, 367, 368.

2) R. O. H. G. XI. S. 284.

3) R. O. H. G. XXIV. S. 404 ff. und die dort. cit. Erkenntnisse. [§. 146.

4) Dernburg, Preuß. Privatr. II.

Waare zu berufen und vom Vertrage zurückzutreten." Dieses Princip fand seine Formulirung für Distanzgeschäfte in den Bestimmungen der Art. 347, 348, 349 H. G. B.[5]) Für die Platzgeschäfte hat das H. G. B. eine Bestimmung nicht getroffen[6]); eine analoge Anwendung der Sätze dieser Artikel ist unzulässig, weil einzelne derselben in Berücksichtigung der an die Spitze des Art. 347 gestellten Voraussetzung, daß die Waare von einem anderen Orte übersendet sei, formulirt wurden, und weil überhaupt der Wille des Gesetzgebers, daß die Vorschriften der Art. 347, 348, 349 auf Distanzgeschäfte beschränkt sein sollen, erkennbar ist.[7]) Es ist daher für die Frage der Untersuchung bezw. Mängelsanzeige bei Platzgeschäften das Handelsgewohnheitsrecht[8]) und subsidiär das allgemeine bürgerliche Recht maßgebend.[9]) Für den Distanzhandelskauf bestimmt nun das H. G. B. in Art. 347, daß der Käufer ohne Verzug (d. i. „ohne unnöthigen Aufschub" §. 904 a. b. G. B.) und soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich ist, zur Untersuchung der gelieferten Waare schreite. Was ordnungsmäßiger Geschäftsgang ist, und wie weit sohin die Untersuchung zu gehen hat, ist im einzelnen Falle je nach den speciellen Umständen zu bestimmen. Im allgemeinen ist zu bemerken, daß die Untersuchung einerseits keine bloß oberflächliche[10]), keine bloß äußerliche sein darf, daß aber andererseits auch der Käufer nicht verpflichtet werden kann, „allzuviele Zeit auf die Untersuchung zu verwenden, oder eine solche Art der Untersuchung vorzunehmen, welche größere Kosten verursacht, oder durch welche eine Verminderung oder Entwerthung der Waare in irgend erheblichem Grade hervorgebracht wird, oder nur zu befürchten ist, oder die Möglichkeit des beabsichtigten Gebrauchs, insbesondere die Leichtigkeit der Weiterveräußerung, aufgehoben oder bedroht wird.[11]) Im Einzelnen hängt dies auch von der Beschaffenheit der Waare, ihrer Verpackung und Quantität ab.[12]) Findet

5) Ung. H. G. §§. 346, 347, 349; bosn. §§. 364, 365. 367.

6) Insbesondere geschieht dies auch nicht in Art. 346 H. G. B. (Vgl. v. Hahn, Comm. II. zu Art. 346; Thöl, H. R. I. §. 277, Note 2; Hanausek a. a. O. I. S. 249 ff.)

7) v. Hahn, Comm. II. (2. Aufl.) §. 26 zu Art. 347. (Anders früher in 1. Aufl.; siehe hierüber 2. Aufl. a. a. O. Note 89; Gareis, Das Stellen zur Dispos. S. 33 ff.; und in Endemann's Hdb. II. §. 273; Thöl, H. R. I. §. 276; Gareis-Fuchsberger, Commentar Note 180 zu Art. 349.) — Gegen die analoge Anwendung der Art. 347—349 auf Platzgeschäfte R. O. H. G. II. S. 83, IV. S. 179 ff., IX. S. 52, X. S. 336 ff., 348, XI. S. 45 ff.; Adler-Clemens IX. Nr. 1607; Makower, Comm. (8 Aufl.) S. 378 Anm. 296; vgl. auch Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. XVIII. S. 230 ff.; Voigtel in Busch's Arch. II. S. 400 ff.; Hanausek a. a. O. I. S. 248, 249.

8) v. Hahn, Comm. II. §. 27 zu Art. 347; Hanausek a. a. O. II. S. 83.

9) Oestr. a. b. G. B. §§. 922—933; vgl. hiezu die Comm. v. Stubenrauch's u. Kirchstetter's. Die Beschränkung der Bestimmungen der Art. 347—349 auf Distanzgeschäfte wurde ausdrücklich ausgesprochen im Einf. Ges. f. Hamburg §. 43; anders die Einführungsges. f. Bremen (§. 33), Hannover (§. 28), Oldenburg (Art. 24), Mecklenburg (§. 29), nach welchen die Vorschriften der Art. 347 bis 340 H. G. B. auch auf Platzgeschäfte anzuwenden sind. (Vgl. hierüber insbes. v. Hahn, Comm. II. §. 28 zu Art. 347 und insbes. auch Note 93.)

10) R. O. H. G. IV. S. 43, 48.

11) v. Hahn, Comm. §. 11 zu Art. 347.

12) v. Hahn, a. a. O.; Brix H. G. Nr. 2 zu Art. 347.

nun der Käufer bei dieser ungesäumt vorgenommenen Untersuchung, daß die gelieferte Waare nicht vertragsmäßig oder gesetzmäßig (Art. 335) sei, so hat er hievon den Verkäufer sofort, d. i. ohne unnöthigen Aufschub (§. 904 a. b. G. B.), zu verständigen, widrigenfalls die Waare als genehmigt gilt, sofern es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht erkennbar waren (Art. 347). Gleichgiltig ist, ob der Verkäufer für die Mängel kraft Gesetzes oder Handelsgebrauches, oder auf Grund ausdrücklicher diesbezüglicher Vereinbarung (Gewährleistungsversprechen, „dicta et promissa") haftet.[13]) Wohl aber unterscheidet das H. G. B., wie eben angedeutet wurde, zwischen offenbaren und heimlichen Mängeln; nur für erstere gilt obige Vorschrift sofortiger Untersuchung und Anzeige; heimliche Mängel, d. i. solche, welche nicht bei der sofortigen ersten ordnungsmäßigen Untersuchung erkennbar waren, daher auch nicht sofort bei der ersten sachgemäßen Prüfung erkannt werden konnten[14]), welche sich sohin erst später ergaben, sind sofort nach ihrer Entdeckung anzuzeigen, widrigenfalls die Waare auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt. Jedoch kann ein solcher verborgener Mangel nicht mehr (weder klage- noch einredeweise) geltend gemacht werden, wenn er erst nach Ablauf von sechs Monaten seit der Ablieferung an den Käufer entdeckt worden ist (Art. 349 Abs. 1).[15]) Ist aber die Entdeckung der Mängel innerhalb der vom Gesetze aufgestellten Frist von sechs Monaten erfolgt, und die Anzeige davon unverzüglich nach der Entdeckung der Mängel geschehen, so unterscheidet das Gesetz zwischen Klage und Einrede. Die Klagen gegen den Verkäufer wegen dieser Mängel verjähren auch in diesem Falle in sechs Monaten nach Ablieferung der Waare an den Käufer (Art. 349 Abs. 2)[16]); die Einrede aber kann jederzeit erhoben werden, sofern die oberwähnte in Art. 347 vorgeschriebene sofortige Mängelsanzeige innerhalb sechs Monaten nach Ablieferung der Waare an den Käufer erfolgt ist[17]) (Art. 349 Abs. 3)[18]). Zufolge ausdrücklicher Bestimmung des H. G. B. (Art. 349 Abs. 4)[19]) bleiben etwaige kürzere Fristen, welche durch andere Gesetze[20]) oder durch Handelsgebräuche aufgestellt sind oder aufgestellt werden, hiedurch unberührt. Auch kann durch Vertrag die Haftbarkeit des Verkäufers auf eine längere oder kürzere Frist festgesetzt werden[21]) (Art. 349 Abs. 5).[22])

---

13) Cosack, H. R. (2. Aufl.) §. 35.

14) Vgl. R. O. H. G. XIV. S. 288.

15) Ung. H. G. §. 348 Abs. 1; bosn. H. G. §. 367 Abs. 1. — Nach a. b. G. B. (§. 933) bei beweglichen Sachen sechs Monate; bei unbeweglichen drei Jahre. Streitig ist jedoch im östr. bürg. R., wann diese Verjährungsfrist beginnt, unbeantwortet ist die Frage rücksichtlich der Verjährung der Einrede.

16) Ung. H. G. §. 349 Abs. 2; bosn. §. 367 Abs. 2.

17) Vgl. hiezu v. Hahn, Comm. II. §. 7 zu Art. 349; Brix, H. G. Nr. 1 zu Art. 349.

18) Fehlt im ung. und bosn. H. G.

19) Ung. H. G. §. 349 Abs. 3; bosn. H. G. §. 367 Abs. 3.

20) Oestr. a. b. G. B. §§. 924, 925, 926, 927.

21) Anders §. 1502 a. b. G. B., wo die Festsetzung einer längeren Verjährungsfrist als der gesetzlichen nicht zulässig ist.

22) Ung. H. G. §. 349 Abs. 4; bosn. §. 367 Abs. 4.

III. Die im Vorstehenden besprochenen Vorschriften der Art. 347 und 349 H. G. B. sollen den Verkehr des redlichen Kaufmannes schützen, indem sie es ihm ermöglichen, auf die thunlich rascheste Art zu erfahren, ob Anstände vorliegen oder ob er das Geschäft als abgeschlossen, seine Waare als genehmigt ansehen könne, um sein in der versendeten Waare steckendes Capital anderweitig zu verwerthen.[23]) Dieser Vortheile wird er jedoch im Falle des Betruges verlustig (Art. 350): er kann diesfalls einer Reclamation des Käufers gegenüber sich nicht darauf berufen, daß dieser ihm nicht rechtzeitig nach den Bestimmungen der Art. 347 und 349 oder nach ihrer besonderen Verabredung die Mängelanzeige erstattet hat, bezw. die Klage nicht rechtzeitig eingebracht hat.[24]) Unter Betrug ist in Art. 350 nicht Betrug im strafrechtlichen, sondern Betrug (dolus, List) im civilrechtlichen Sinne gemeint.[25]) An Stelle der Vorschriften der Art. 347 und 349 H. G. B. tritt nun die Bestimmung des bürgerlichen Rechtes, wonach „derjenige, welcher einen Vertrag durch List . . . . . bewirket hat, für die nachtheiligen Folgen Genugthuung leisten muß" (§. 874 a. b. G. B.). Die Rechte des Käufers aus Art. 347 und 349 aber bleiben aufrecht.[26])

IV. Es liegt im Interesse der Parteien, sich Beweismittel über den Zustand der Waare zur kritischen Zeit zu verschaffen.[27]) Das Gesetz räumt daher dem Käufer wie dem Verkäufer das Recht ein, die Feststellung des Zustandes der Waare bezw. der Mängel durch Sachverständige zu verlangen, welche auf Antrag des Betheiligten vom Handelsgerichte und in dessen Ermanglung vom Richter des Ortes ernannt werden (Art. 348 Abs. 3).[28]) Sind bei dem betreffenden Gerichte bereits ständige Sachverständige bestellt, so bedarf es eines vorgängigen Antrages auf Ernennung besonderer Sachverständiger nicht (§. 48 Einf. Ges. z. H. G. B.), sondern der Richter bezw. das Gericht hat auf Antrag des Betheiligten auf Untersuchung der Waare und Festsetzung ihres Zustandes durch die ständigen Sachverständigen zu erkennen. Die Sachverständigen haben die Waare zu untersuchen und ihr Gutachten schriftlich oder zu Protokoll zu erstatten (Art. 348 Abs. 4).[29]) Die Beweiskraft der Aussagen der Sachverständigen bei einem in der Folge entstandenen Processe

---

23) Puchelt, Comm. II. Nr. 1 zu Art. 350.

24) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 350.

25) Ebenso Thöl, H. R. I. S. 911 Note 6, 920 Note 9, 926 Note 17; v. Hahn, Comm. §. 1 zu Art. 350; Gareis, Stellen z. Dispos. S. 166; Hanausek a. a. O. II. S. 360 ff. — Vgl. Puchelt, Comm. II. Nr. 2 u. 3 zu Art. 350. — Rücksichtlich der Mängel der Urkunden (Werthpapiere) s. Hanausek a. a. O. II. S. 366 ff.

26) Z. B. Gebrauch der Waare zum Zwecke der Untersuchung, die Perpetuirung der Einrede durch rechtzeitige Rüge u. s. w. (Staub, Comm. §. 6 zu Art. 350.

27) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 348; v. Stubenrauch, H. R. S. 465.

28) Ebenso bosn. H. G. §. 365 Abs. 3. — Keine Bestimmung enthält das ung. H. G. Für Deutschland sind Abs. 3 u. 4 des Art. 348 H. G. B. durch §. 13 Einf. Ges. zur Civ. Proc. Ordn. u. §. 448 Civ. Proc. Ordn. ersetzt (s. hiezu Staub, Comm. §. 6, unter b, zu Art. 348).

29) Bosn. H. G. §. 365 Abs. 4. — Wegen Ungarn und Deutschland siehe Note 20.

richtet sich nach den bezüglichen Vorschriften der Gerichtsordnung.[30]) Es bleibt den Parteien unbenommen, von dem Antrage auf Ernennung von Sachverständigen durch das Gericht (Art. 348 Abs. 3) oder auf Beiziehung gerichtsbestellter Sachverständiger (§. 48 Einf. Ges.) Umgang zu nehmen und die Untersuchung durch sog. sachverständige Zeugen vornehmen zu lassen, oder überhaupt einen förmlichen Sachverständigenbeweis im Sinne des §. 188 a. G. O. zu veranlassen. Eine Frist für die Untersuchung durch Sachverständige ist nicht vorgeschrieben; doch wird das Ergebniß der Untersuchung um so werthvoller sein, je eher sie geschieht.[31])

Durch die Mängelsanzeige (Rüge) macht der Käufer dem Verkäufer zu wissen, daß er die Waare nicht als vertragsmäßig oder gesetzmäßig erkenne, sohin nicht als Erfüllung des Kaufvertrages betrachte. Hiedurch stellt der Käufer die Waare dem Verkäufer zur Verfügung (Dispositionsstellung); aber er ist deshalb noch nicht berechtigt, die Uebernahme der Waare zu verweigern, oder sich, wenn er die Mängel nach der Ablieferung entdeckt, der Waare zu entschlagen.[32]) Im Interesse des auswärtigen Verkäufers, dem durch sofortige Rücksendung oder durch Preisgebung der Waare Nachtheile erwachsen könnten, legt ihm das Gesetz (u. zw. unabhängig davon, ob zwischen den Contrahenten eine Geschäftsverbindung besteht)[33]) die Pflicht zur einstweiligen Aufbewahrung der beanständeten Waare auf[34]) (Art. 348 Abs. 1).[35]) Hiemit ist aber nicht gesagt, daß er die Waare *selbst* aufbewahren müsse; er kann sie selbst aufbewahren, er kann sie aber auch anderweitig (z. B. in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten) niederlegen, gleichviel ob er selbst imstande wäre, die Waare aufzubewahren oder nicht. Er haftet diesfalls für culpa in eligendo und für Verschulden beim Abschluß des Verwahrungsvertrages.[36]) Es hängt von den Umständen des concreten Falles ab, ob der Käufer durch die diesbezüglich getroffenen Verfügungen seiner Aufbewahrungspflicht Genüge geleistet hat. „Es kann", wie v. Hahn[37]) ausführt, „unter Umständen als eine genügende Sorge für die Aufbewahrung erscheinen, daß der Käufer die Waare in dem Güterschuppen der Eisenbahn liegen läßt, ohne einen besonderen Hinterlegungsvertrag zu schließen, ja dieses Verfahren kann als das dem Interesse des Verkäufers am besten entsprechende (weil wegen Vermeidung der Kosten für Transport nach einem anderen Lager und voraussichtlich kurzer Dauer der Deposition vielleicht das wohlfeilste) erscheinen. Aus denselben Gründen kann es gerechtfertigt sein, daß der Käufer die Waare sofort an den Verkäufer oder an einen anderen Ort schickt, um sie dort aufbewahren zu lassen." Die Pflicht der Aufbewahrung besteht aber

30) Oestr. Allg. G. O. §§. 176 ff.
31) Staub, Comm. §. 8 zu Art. 348.
32) v. Hahn, Comm. II. §. 1 zu Art. 348.
33) v. Hahn, Comm. II. §. 2 zu Art. 348; Prot. S. 657.
34) v. Hahn a. a. O. §. 1 zu Art. 348; Staub, Comm. §. 1 zu Art. 348.
35) Ung. H. G. §. 347 Abs. 1; bosn. §. 365 Abs. 1.
36) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 348.
37) Comm. II. §. 5 zu Art. 348.

nicht nur in dem thatsächlichen Aufbewahren oder Niederlegen der Waare, sondern zugleich auch in der ordnungsmäßigen Behandlung der Waare (z. B. Trocknen der naß gewordenen Waare u. a. m.)[38]), da sonst der Zweck der Aufbewahrungspflicht, den Verkäufer vor Schaden zu bewahren, in concreto illusorisch werden könnte. Der Käufer erscheint diesfalls als der „durch das Gesetz gerufene Vertreter des Verkäufers in dessen Interesse und für dessen Rechnung.“[39]) Die Kosten der Aufbewahrung hat der Käufer vorläufig zu bestreiten, der Verkäufer muß sie ihm aber ersetzen, wenn die Beanstandung begründet war.[40])

Die dem Käufer auferlegte Pflicht hat nur provisorischen Charakter. Wiebald der Verkäufer, von der Beanstandung der Waare in Kenntniß gesetzt, in der Lage ist, für die Waare zu sorgen und über dieselbe anderweitig zu verfügen, ist der Käufer seiner Verpflichtung enthoben.[41]) Ob und von wann ab der Verkäufer dies imstande war, ist im einzelnen Falle Thatfrage.[42])

V. Eine besondere Bestimmung trifft das H. G. B. für den Fall, wenn die vertrags- oder gesetzwidrige Waare, welche der Käufer beanstanden will, dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im Verzuge ist. Diesfalls kann nach Art. 348 Abs. 5[43]) der Käufer die Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343, d. h. öffentlich, bezw. wenn die Waare einen Börse- oder Marktpreis hat, auch nichtöffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermanglung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise verkaufen lassen. Einer vorgängigen Androhung des Verkaufes bedarf es in diesem Falle nicht, da die Voraussetzungen, unter welchen diese von Art. 343 Abs. 2 nachgesehen wird, auch im vorliegenden Falle des Art. 348 zutreffen müssen, nämlich bevorstehendes Verderben der Waare u. zw. infolge ihrer objectiven Beschaffenheit (nicht bloß infolge persönlicher Verhältnisse des Käufers oder Depositars)[44]) und Gefahr im Verzug. Es müssen, wie bereits oben (§. 179 Note 27) bemerkt wurde, beide Voraussetzungen zusammen vorliegen[45]), es muß wegen des bevorstehenden Verderbens der Waare Gefahr im Verzuge liegen; es genügt nicht, daß die Waare dem Verderben ausgesetzt ist, ohne daß Gefahr im Verzuge vorliegt[46]), und es genügt

38) v. Hahn a. a. O. §. 5 zu Art. 348; Staub, Comm. §. 2 zu Art. 348.

39) v. Hahn a. a. O. §. 3 zu Art. 348.

40) Staub, Comm. §. 5 zu Art. 348.

41) R. O. H. G. I. S. 206.

42) v. Hahn, Comm. II. §. 5 zu Art. 348: Verständigung des zufällig am Ort der aufbewahrten Waare anwesenden Verkäufers entbindet nicht nothwendig von der weiteren Sorge für die Aufbewahrung. Bei Verständigung eines anwesenden Vertreters des Verkäufers hängt Alles von dessen Erklärung auf die erhaltene Notification ab. Die Anwesenheit eines Agenten des Verkäufers am Ablieferungsorte befreit den Käufer nicht „ohne Weiteres“ von seiner Aufbewahrungspflicht (R. O. H. G. XVII. S. 173).

43) Ung. H. G. §. 347 Abs. 3; bosn. §. 365 Abs. 5.

44) Vgl. v. Hahn, Comm. II. §. 17 zu Art. 343; Hanausek a. a. O. II. S. 162.

45) R. O. H. G. XVIII. S. 330.

46) Vgl. auch Hanausek a. a. O. II. S. 164.

auch nicht, daß aus anderen Gründen, z. B. wegen drohenden Sinkens der Preise Gefahr im Verzuge liegt.[47])

Unabhängig von der vorgängigen Androhung des Verkaufes ist die Mängelsanzeige. Diese muß erfolgen, da sonst trotz des geschehenen Verkaufes die Waare als genehmigt gelten würde.[48])

Von dem vollzogenen Verkaufe hat der Käufer seinen Verkäufer, soweit es thunlich ist, sofort zu verständigen[49]), widrigenfalls er schadenersatzpflichtig würde[50]), ohne daß aber der Verkauf hiedurch ungiltig würde.[51]) Ist nur ein Theil der Waare dem Verderben ausgesetzt, und ist die Leistung theilbar, so ist der Verkauf des nicht gefährdeten Theiles der Waare nicht im Sinne des Art. 348 Abs. 5 gerechtfertigt[52]) und nach den allgemeinen Grundsätzen der negotiorum gestio zu beurtheilen.[53])

Bei Vollzug des nach Art. 348 Abs. 5 gerechtfertigten Verkaufes handelt der verkaufende Käufer als durch das Gesetz berufener Geschäftsführer und als gesetzlicher Bevollmächtigter seines Verkäufers[54]); und ein solcher Verkauf erscheint ex lege als für Rechnung und im Namen des Verkäufers abgeschlossen.[55]) Dieser hat daher die Kosten des Verkaufes zu tragen, ihm steht aber dafür auch der Anspruch auf Herausgabe des Erlöses zu, während der verkaufende Käufer seine Gegenforderungen, wie Rückgabe des gezahlten Preises, Nachlieferung der Waare, im Wege der Compensation geltend machen kann. Mit der Sorge der Aufbewahrung der Waare übernimmt der Käufer die Sorge für die Interessen des Verkäufers, und Art. 348 H. G. B. gibt die Handlungen an, welche der Käufer zur Wahrung des Interesses des Verkäufers vorzunehmen hat bezw. vornehmen kann.[56]) Und wenn auch der Käufer mit dem Nothverkaufe der beanstandeten Waare auch sein eigenes Interesse wahrt und sich dadurch der Pflicht entledigt, „die Waare, welche ihm ihrer Beschaffenheit nach für die Zukunft keine Deckung für seine durch die Aufbewahrung verursachten Kosten gewährt, aufzubewahren oder länger aufzubewahren“ [57]), so erfolgt doch dieser Verkauf in erster Linie im Interesse des Verkäufers, der augenblicks nicht in der Lage ist, sein Interesse zu wahren[58]), und dessen Waare sonst ohne Ersatz unterginge. Deshalb schreibt auch das Gesetz genau die Art des Verkaufes vor, und der Käufer,

47) v. Hahn, Comm. II. §. 17 zu Art. 343.

48) Siehe hiezu Puchelt, Comm. II. Nr. 12 zu Art. 348.

49) Ausdrücklich hervorgehoben im ung. H. G. §. 347 Abs. 4; bosn. §. 365 Abs. 6.

50) v. Hahn, Comm. §. 9 zu Art. 348; Hanausek a. a. O. II. S. 165.

51) Staub, Comm. §. 18 zu Art. 343; Hanausek a. a. O. II. S. 166.

52) Hanausek a. a. O. II. S. 163.

53) Hanausek a. a. O. II. S. 163 f. Anm. 10.

54) v. Hahn, Comm. II. §. 9 zu Art. 348; Hanausek a. a. O. II. S. 159 ff.

55) Hanausek a. a. O. II. S. 160, insbes. Note 1. — Es ist ohne Einfluß auf die im Texte erörterten Rechte und Pflichten des Verkäufers und des dritten Erwerbers des Kaufobjectes, wenn der Käufer sich bei Abschluß des Nothverkaufes als Selbstcontrahent gerirt (Hanausek a. a. O. II, S. 161 Note 6).

56) R. G. XVII. S. 68.

57) v. Hahn, Comm. II. §. 10 zu Art. 348.

58) v. Hahn a. a. O.

welcher in der vorgeschriebenen Weise verfährt, ist einer Schadenersatzklage nicht ausgesetzt[59]); deshalb darf auch der Käufer sich „nicht darauf beschränken, nur so viel von den Waaren zu verkaufen, als zu seiner Deckung erforderlich ist"[60]); deshalb beschränkt sich auch, wie bereits oben bemerkt wurde, bei theilbarer Leistung, wenn nur ein Theil der Waare gefährdet ist, sein Verkaufsrecht nur auf diesen Theil; deshalb ist es auch den Parteien gestattet, Anderes als das im Gesetze (Art. 348 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 343 Abs. 2 u. 3) Bestimmte zu vereinbaren; deshalb ist der Verkäufer auch befugt, den Verkauf der Waare im Sinne des Art. 348 Abs. 5, eventuell schon im vorhinein, zu untersagen.[61]) Gegen ein solches Verbot des Verkäufers kann der Käufer die Waare nur in Ausübung seines — durch die Bestimmung des Art. 348 Abs. 5 nicht berührten — Retentionsrechtes[62]) (Art. 313 ff.), daher auch nur in der in Art. 315 normirten Weise veräußern.[63]) Durch die Unterlassung des Verkaufes bei Zutreffen der Voraussetzungen des Art. 348 Abs. 5 wird der Käufer dem Verkäufer nach den Grundsätzen der negotiorum gestio wegen Vernachlässigung seiner Aufbewahrungspflicht schadenersatzpflichtig.[64])

Ueber die Rechtsfolgen und -wirkungen der Beanständung und Dispositionsstellung enthält das H. G. B. keine Bestimmung; es gilt sohin das bürgerliche Recht[65]), wonach der Käufer, wenn der Mangel nicht behoben werden kann, die Aufhebung des Vertrages, bezw. wenn der Mangel sich beheben, das Fehlende sich ergänzen läßt, diesen Nachtrag verlangen kann.

§. 181.

6. Beendigung des Kaufvertrages.[1])

Im Allgemeinen kann rücksichtlich der Beendigung des Handelskaufvertrages auf die Regeln des bürgerlichen Rechtes, betreffend die Aufhebung und Endigung von Forderungsrechten überhaupt und des Kaufvertrages insbesondere verwiesen werden.[2]) Es ist daher hier nur Weniges zu bemerken:

1. Die Aufhebung des Kaufvertrages nach Handelsrecht kann erfolgen a) nach Art. 347 durch ordnungsmäßige Dispositionsstellung der rechtzeitig mit Grund beanständeten Waare (s. oben §. 180); b) nach

59) v. Hahn, Comm. II. §. 9 zu Art 348.

60) v. Hahn, Comm. II. §. 10 zu Art. 348.

61) v. Hahn, Comm. II. §. 9 zu Art. 348 Note 12; Hanausek a. a. O. II. S. 164.

62) v. Hahn, Comm. II. §. 9 Note 12, §. 10 (S. 328) zu Art. 348; Hanausek a. a. O. II. S. 164.

63) R. G. I. S. 285.

64) Anders Gareis in Endemann's Hdb. II. §. 274 (S. 721 unter Z. 7).

65) §. 932 a. b. G. B. — Vgl. hiezu die Commentare v. Stubenrauch's (4. Aufl. von Schreiber und Schuster) und Kirchstetter's (-Maitisch); Hasenöhrl, Oestr. Obl. R. II. §. 93 S. 473 ff.; Rauscher, Darstellung der Lehre von der Gewährleistung S. 24 ff.; Michel, Darstellung der Gewährleistung nach östr. Privatr. S. 23; Krainz, System II. §§. 321, 322.

1) Vgl. hiezu Gareis in Endemann's Hdb. II. §. 276.

2) §§. 917—920, 1411—1502 a. b. G. B.

Art. 354 und 355 wegen Leistungsverzuges (mora solvendi) gegen Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften (Anzeige, ev. Nachfristgewährung) bezw. wenn ein Fixgeschäft vorliegt seitens des nichtsäumigen Vertragstheiles (s. oben §. 179); c) durch Wahl des Rücktrittes seitens des wahlberechtigten Contrahenten bei Prämiengeschäften (s. oben §. 121).

2. Daß Handelsgeschäfte wegen übermäßiger Verletzung, insbesondere wegen Verletzung über die Hälfte nicht angefochten werden können (Art. 286), wurde oben (§. 105) erwähnt. Dies gilt sohin auch rücksichtlich des Handelskaufes.

3. Die Anfechtung wegen Betrug und Irrthum unterliegt den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.[3]) Das H. G. B. beschränkt sich darauf, im Falle des Betruges seitens des Verkäufers die zu seinen Gunsten aufgestellten Vorschriften über die Rügepflicht des Käufers (Art. 347) und über die Verjährung der Geltendmachung der Mängel (Art. 359) auszuschließen (Art. 350).

4. Die rücksichtlich der Anfechtung von Kauf- und Lieferungsgeschäften im Gesetz vom 16. März 1884, Nr. 36 R. G. B., über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen, aufgestellten Vorschriften gelten nicht nur für den civilrechtlichen, sondern auch für den Handelskauf (s. insbes. §§. 3 und 4 des cit. Gesetzes).

3) §§. 869—876 a. b. G. B.

A. Alphabetisches Sachregister.

*) Die Zahlen in den Klammern bezeichnen die Noten, die übrigen Zahlen die Seiten.

B. Quellenregister.*)

I. Einführungsgesetz zum H. G. B. v. 17. Dec. 1862 (Nr. 1 R. G. B. f. 1863).

II. Handelsgesetzbuch.

*) Die kleinen Zahlen unten bezeichnen die Noten, die großen Zahlen die Seiten.

*) Nach der ursprünglichen Fassung des H. G. B. bezogen; die Art. 66—84 in neuer Fassung nach dem Ges. v. 4. April 1875 Nr. 68 R. G. Bl. f. S.

Art.

III. Einführungsgesetze zum H. G. B. in einzelnen deutschen Staaten:

IV. Oesterr. Gesetze, Verordnungen, Verträge ꝛc. in chronol. Reihenfolge.

V. Deutsche Reichsgesetze, Verordnungen ꝛc. in chronologischer Reihenfolge.

VI. Gesetze, Verordnungen ꝛc. einzelner deutscher Bundesstaaten.

XII. Geſetze für Bosnien und Hercegovina.

XIII. Französische Gesetze

XIV. Italien.

Berichtigungen und Ergänzungen.

Seite 2 Note 14 Zeile 1 lies „Nr. 67" statt „S. 67".
S. 16 Z. 9 v. u. l. „§. 28" st. „§. 29".
S. 16 Note 9 Sp. 2 Z. 4 l. „1806" st. „1886".
S. 19 Note 10 Sp. 2 Z. 4 v. u. l. „385" st. „384".
S. 19 Note 10 Sp. 2 Z. 3 v. u. l. „26" st. „27" und „459" st. „458".
S. 22 Note 6 Z. 2 l. „§. 291" st. „§. 290".
S. 23 Note 7 Sp. 2 Z. 11 v. u. vor „des" ist „in der deutschen Uebersetzung" einzufügen.
S. 24 Note 1 a. E. ist noch hinzuzufügen: „— Art. 1 H. G. B., vgl. auch §. 5 Einf. Ges."
S. 28 Z. 1 v. u. l. „Verbodmung" st. „Verordnung".
S. 31 Z. 3 v. u. l. „1853" st. „1883".
S. 36 Z. 4 v. o. l. „J. G. S." st. „R. G. Bl."
S. 37 Note 6 Z. 22 v. o. nach „Lebensverhältnisse" ist „verschafft" einzuschieben.
S. 40 nach Randa rc. füge ein „v. Canstein, Lehrb. d. öst. H. R. I. u. d. kl. Ausg. „Das Handelsrecht I." (1895)".
S. 42 Z. 9 v. o. l. „1. u. 2. Lief." st. „1. Lief."
S. 42 Z. 24 v. o. ist zu streichen; dafür ist zu setzen „1. Aufl. Berlin 1891 bis 1893; jetzt 3. Aufl. 1895".
S. 45 Note 4 Z. 7 l. „R. O. H. G. I. S. 197" st. „R. G. I. 59".
S. 47 Note 9 Z. 1 l. „Vgl." st. „Ebenso".
S. 48 Note 16 a. E. ist noch beizufügen „XV. S. 28 ff., XXIII. S. 9 ff."
S. 50 Z. 12 v. o. l. „Handwerksbetrieb" st. „Handelsbetrieb".
S. 61 Z. 15 v. o. l. „1866" st. „1896".
S. 61 Note 6 a. E. füge bei „wird".
S. 62 Note 10 Z. 4 l. „1867" st. „1876".
S. 63 Note 11 Z. 9 v. o. l. „1882" st. „1852".
S. 63 Note 11 Sp. 2 Z. 2 v. o. füge nach „Waarenmenge" ein „feilzubieten".
S. 67 Note 28 l. „§. 56" st. „§. 55".
S. 68 Z. 8 v. o. l. „einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft" st. „einem anderen gleichartigen Handelsgeschäfte".
S. 75 Note 18 l. „§. 142" st. „§. 143".
S. 76 Note 1b letzte Z. l. „1876" st. „1877".
S. 76 Note 18 l. „§. 146" st. „§. 145".
S. 84 Z. 6 v. u. l. „Nr. 146 R. G. Bl." st. „Nr. 147 R. G. Bl."
S. 92 Note 1 Z. 2 v. u. nach „H. G. B. Art. 28—40;" ist noch hinzuzufügen: „Einf. Ges. §§. 19—22".
S. 98 Z. 1 v. o. l. „letzteren" st. „letztere".
S. 110 Note 20 Z. 2 l. „145" st. „142".
S. 111 Z. 9 v. o. l. „Commandit- und Commanditactiengesellschaften" st. „Commanditgesellschaften".
S. 116 §. 39 Z. 5 l. „Handlungsbevollmächtigten" st. „Handlungsvollmacht".
S. 116 §. 39 Z. 12 l. „Handlungsreisende" st. „Handlungsgehilfen".
S. 117 §. 40 Z. 2 u. S. 118 Z. 19 v. o. l. „Handlungsbevollmächtigten" st. „Handelsbevollmächtigten".
S. 120 Note 6 Z. 1 l. „Vgl." st. „Ebenso".
S. 127 §. 43 Z. 1 l. „§. 42" st. „§. 40".
S. 131 Z. 18 v. o. l. „jener" st. „derselben".
S. 131 Note 2 a. A. ist vorzusetzen: „Vgl. auch §§. 26—29 Einf. Ges. —"
S. 135 Z. 4 v. o. l. „§. 27" st. „§. 29".
S. 137 Z. 1 v. o. nach „Namen" ist einzufügen „(auch nicht als Commissionär),".
S. 141 Z. 16 v. o. l. „Societätsformen" st. „Societätsfirmen".
S. 144 Note 8 Sp. 2 letzte Zeile l. §. „62" st. „61".
S. 145 Z. 9 ff. v. o. haben die zwei letzten Sätze des §. 46 zu lauten: „Nach diesen findet die sog. Gelegenheitsgesellschaft d. i. die Vereinigung

zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung ihre Darstellung. Den Schluß bildet dann die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft."

S. 155 Note 21 Sp. 2 Z. 1 v. o. schiebe „eine" nach „oder" ein.

S. 159 Z. 18 v. u. schiebe „es" nach „zumal" ein.

S. 168 Note 2a a. E. ist noch beizufügen: „Vgl. auch §. 37 Einf. Ges."

S. 177 Note 28 Sp. 1 Z. 3 v. u. l. „Gesellschaft" st. „Gesellschafter".

S. 179 Note 1 l. „§§. 108—120" st. „108—130".

S. 186 Z. 9 v. o. l. „Mandatars" st. „Mandators".

S. 190 Z. 2 v. u. l. „Zweck der Einsichtnahme" st. „Zweck, Einsichtnahme".

S. 216 Note 1 Z. 4 u. 5 l. „Gesellschaften" st. „Gesellschafter".

S. 216 Note 4 l. „Gesellschaften" st. „Gesellschaft".

S. 228 Z. 2 v. o. l. „Art. 261 Z. 4" st. „Art. 262 Z. 4".

S. 232 Note 5 Sp. 1 Z. 15 u. 16, 21, 22 l. „D.R.Str.G.B." st. „Str.G.B."

S. 234 Note 11 Sp. 1 Z. 2 v. u. l. „register" st. „regista".

S. 235 Note 15 Sp. 2 Z. 6 v. o l. „vorzusehen" st. „vorgesehen".

S. 238 Note 9 Sp. 1 Z. 1 v. u. l. „§. 162 Z. 10" st. „164 Z. 10".

S. 238 Note 11 Z. 2 l. „209 f" st. „209 f." u. in Z. 5 l. „§. 162 Z. 11" st. „164 Z. 11".

S. 256 Z. 13 v. o. l. „von der Gesellschaft" st. „an die Gesellschaft".

S. 266 Z. 15 v. o. l. „glaubt" st. „glauben".

S. 267 Z. 17 v. o. l. „nach" st. „an".

S. 273 Z. 3 v. o. l. „Art. 209 Z. 7" st. „Art. 209 Abs. 7".

S. 277 Z. 16 v. o. ist „auszuüben" zu streichen.

S. 280 Note 3 Z. 3 soll es heißen „§. 74 Note 40" st. „§. 74 Note 41".

S. 280 Note 4 Sp. 2 Z. 1 l. „Note 41" st. „Note 42".

S. 281 §. 76 II. letzte Z. l. „S. 278" st. „277".

S. 283 Z. 19 v. o. l. „die Vertheilung" st. „der Vertheilung".

S. 285 Note 17 Z. 1 l. „Art. 247" st. „Art. 247 Abs. 2".

S. 302 Note 7 Z. 3 l. „Ges. v. 19. Mai 1891 betr. die Declaration des §. 1 des Ges. v. 4. Juli 1868".

S. 307 Note 8a Z. 7 l. „österr. Genoss. Ges." st. „österr. Gew. Ges."

S. 310 Z. 6 v. u. l. „Art der Genossenschaften" st. „Art Genossenschaft".

S. 311 Z. 9 v. u. l. „Genossenschafter" st. „Genossenschaften".

S. 313 Note 2 Z. 13, 14 l. „Genossenschaftern" st. „Genossenschaften".

S. 318 Z. 8 v. o. l. „Art. 3 lit. b" st. „Art. 3 Z. 1 lit. b".

S. 324 Z. 8 v. o. füge nach „348 u. a. m.)" ein „[20])." —

S. 325 Note 3 Z. 12 v. o. ist „30" zu streichen.

S. 325 Note 2 l. „l. 2 §. 1 Dig. eod. tit. 1. 8." st. „l. 2, 5 Dig. eod. tit. 1, 9".

S. 328 Note 18a Sp. 2 Z. 6 v. u. l. „Arndts, Pandecten" st. „Arndt's Pandecten".

S. 329 Z. 6 v. u. l. „ihr" st. „ihre".

S. 329 Z. 5 v. u. l. „Eigenschaften" st. „Eigenschaft".

S. 329 Note 23 Z. 2 l. „§. 2 J. de usufr. 2, 4" st. „§. 2 J. de usufr. 9, 4".

S. 330 Z. 17 v. o. l. „Art. 338 H. G. B." st. „§. 338 H. G. B.".

S. 337 Note 17 l. „l. 14 §. 1 D. de peric. 18, 6" st. „l. 14 §. 2 D. de peric. 18, 6".

S. 348 Z. 12 v. o. füge nach „§§. 298 ff." ein „a. G. O."

S. 357 Z. 12 v. o. l. „Retentionsrechtes" st. „Pfandrechtes".

S. 367 Z. 2 v. o. l. „Anweisungen" st. „Anweisung".

S. 367 Note 6 Sp. 2 Z. 3 l. „Art. 137" st. „Art. 185".

S. 370 Z. 4 v. u. l. „Indossatars" st. „Indossators".

S. 378 Z. 3 v. o. nach „Versicherung" ist „gegen Prämie" einzufügen.

S. 378 Z. 18 v. o. l. „Handelsgeschäften" st. „Geschäften".

S. 396 Note 49 Z. 2 l. „§. 301 Abs. 2" st. „§. 201 Abs. 2".

S. 398 Note 64 Z. 2 l. „Willenbücher" st. „Willenbächer".

S. 401 Note 3 Z. 4 u. 5 l. „l. 6 §. 1 D. de contrah. emt. 18, 1" st. „l. 6 §. 1 D. de contrah. emt. 18, 6".

S. 406 Note 8 a. E. l. „1892, 6. Aufl. v. Siegfried" st. „1874".

S. 408 Note 14 Z. 9 füge nach „1875" ein „u. am 19. Aug. 1888".
S. 408 Note 16 Z. 4 ist nach „XV. S. 517" einzufügen „XXXVI, S. 212".
S. 408 Note 16 Z. 4 l. „Stuttgart §. 2" st. „Stuttgart 52".
S. 408 Note 16 Z. 8 l. „§. 1" st. „§. 19".
S. 416 Z. 5 v. o. l. „den" st. „die".
S. 420 Z. 5 v. u. l. „Art. 319" st. „Art. 219".
S. 421 Note 2 Z. 2 l. „L. R. I. 5 §§. 149 u. ff." st. „L. R. I. 5 §§. 109 u. ff."
S. 422 Note 7 Z. 5 nach „der" füge ein „früheren".
S. 422 Note 7 Z. 6 füge nach „Eisenbahnen" ein: „vgl. §. 51 der Verkehrsordn. f. die Eisenbahnen Deutschlands v. 15. Nov. 1892, R. G. Bl. S. 923 ff."
S. 423 Note 14 Z. 7 l. „§. 192" st. „§. 191".
S. 425 Note 28 soll lauten: „Vgl. §. 884 a. b. G. B.; kais. Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 R. G. Bl."
S. 426 Note 3 Z. 4 l. „176" st. „179".
S. 432 Note 16 Z. 2 l. „Abs. 3" st. „Abs. 2".
S. 435 Note 7 Z. 1 l. „§. 326 Abs. 1" st. „315 Abs. 1".
S. 456 Z. 17 v. o. füge ein: „u. v. 1. Jänner 1882, (neue Ausg. 1891)".
S. 456 Z. 13, 12, 10 v. u. l. „1882" st. „1892".
S. 462 Note 28 Z. 3 füge vor „§. 12" ein „(Fassung v. 1. Jänner 1886)".
S. 462 Note 28 Z. 5 füge nach „bezeichnet" ein: „(jetzt „täglich oder auf Ankündigung" in §. 16 der Berliner Börsenbedingungen nach Fassung ab 1. Jänner 1890 [Zeitschr. f. H. R. XXXVII. S. 487])".
S. 470 §. 124 a. E. l. „Handelsgewerbes" st. „Handelsgewerbe".
S. 471 Note 7 l. „§. 285" st. „§. 284".
S. 475 Z. 6 u. 5 v. u. l. „Partial-, Theilschuldscheine" st. „Partialtheilschuldscheine".
S. 494 Z. 2 v. u. füge nach „§. 15 Z. 13" ein „Gewerbe-Ordn."
S. 494 Note 7 streiche „durch" in Z. 2 und „kundgemacht" in Z. 3, 4 und setze in Z. 2 „;" st. „,".
S. 504 §. 137 a. E. l. „Art. 272 Abs. 1. Z. 2" st. „Art. 272, Abs. 1 Z. 4".
S. 507 Note 1 Z. 8 v. o. l. „28. April" st. „18. April".
S. 511 Note 10 Sp. 2 Z. 8 v. o. l. „§. 259 Z. 4" st. „§. 258 Z. 4".
S. 517 §. 140 Aufschrift l. „4. Das Frachtgeschäft 2c." st. „3. Das Frachtgeschäft 2c.".
S. 523 Note 32 Z. 2 l. „§. 432 Abs. 2" st. „§. 402 Abs. 2".
S. 525 Note 7 füge nach „Vgl." ein „früheres".
S. 526 Note 22 u. 24 l. „bosn. §. 412" st. „bosn. §. 411".
S. 531 Note 44 Z. 1 l. „§. 401" st. „§. 101".
S. 535 Z. 3 v. u. füge nach „Art. 409 Abs. 3" ein „Einf. Ges. §. 46".
S. 536 §. 144 Z. 9 v. u. l. „Retentionsrecht" st. „Pfandrecht".
S. 536 §. 144 Z. 2 v. u. l. „§. 98" st. „S. 98".
S. 539 Note 4 Z. 2 l. „§. 437 Abs. 2" st. „§. 437 Abs. 3".
S. 539 Note 7 Sp. 2 Z. 3 v. o. l. „§. 77 Abs. 1 Z. 6" st. „§. 77 Abs. 1 Z. 5".
S. 543 Z. 6 u. ff. v. o. l. „(in Oesterreich publicirt im R. G. Bl. Nr. 186 f. 1892)" st. „(in Oesterreich publicirt durch Vdg. d. Handelsmin. im Einvernehmen mit dem Justizmin. v. 10. Dec. 1892, Nr. 207 R. G. Bl.)".
S. 543 Z. 2 v. u. l. „(§§. 39—41)" st. „(§§. 38—41)".
S. 544 Z. 1 v. o. l. „Grundsatzes" st. „Grundgesetzes".
S. 545 Z. 1 v. o. l. „Art. 421 Abs. 2" st. „Art. 241 Abs. 2".
S. 545 Note 5 Sp. 2 Z. 19 u. 18 v. u. l. „1888 (P. u. T. V. Bl. Nr. 63)" st. „1878 (RGBl. Nr. 62 v. 1878)" u. Z. 4 u. 3 v. u. haben zu lauten: „wurde nichts geändert durch das Gesetz v. 25. Juli 1891, Nr. 105 RGBl., betr. die Auflösung des Schifffahrts- u. Postvertr. m. d. oest. ung. Lloyd u. die theilw. Abänderung des Art. VI des Zoll- u. Handelsbündnisses v. 1887".
S. 547 Note 4 Sp. 1 Z. 5 v. u. l. „Z. 13 760" st. „Z. 10 760".
S. 547 Note 9 Z. 1 u. 2 ist „Art. 4 Z. 2 Weltpostvertr." zu streichen, u. Z. 2 lies „§. 18" st. „§. 15".
S. 547 Note 11 Z. 2 lies „II." st. „IV."

S. 547 Note 10 Z. 1, Note 11 Z. 1 lies „§. 7“ st. „§. 6“.
S. 548 Note 13 Z. 2 v. u. ist „§. 37 PO.“ zu streichen.
S. 548 Note 14 Z. 4, 5 lies „§§. 4 u. 5“ st. „§§. 3 u. 4“.
S. 549 Note 16 Z. 5 u. 3 v. u. lies „§. 12“ st. „§. 11“.
S. 549 Note 17 Z. 8, 12, 17 lies „§. 2“ st. „§. 1, II“.
S. 549 Note 17 Sp. 2 Z. 2 v. o. füge nach „P. u. T. V. Bl.“ ein „Nr. 34“; Z. 4 v. o. l. „§. 20“ st. „§. 17“. Z. 11, 12 streiche: „in Deutschland 10 Kgr. (deutsche P. O. §. 45 III)“, und Z. 2 v. u. füge nach „1888“ ein „Z. 27 486“.
S. 549 Note 18 a. E. l. „§§. 3, I, 6, 12, 13, 14, 15“ st. „§§. 2, 5, 11, 12, 13, 14“.
S. 549 Note 19 a. E. ist „45“ zu streichen.
S. 550 Note 20 a. E. lies „§§. 8, 9, 10, 17“ st. „7. 9. 13. 14. 45“.
S. 550 Note 22 a. E. l. „§§. 4, 5“ st. „3, 4“.
S. 550 Note 23 Z. 9 lies „§. 14 IV“ st. „§. 12 V“; Z. 12 l. „§. 14 III“ st. „§. 11 lit. a. Z. III“, Z. 15 l. „§. 15“ st. „§. 13“; Z. 18 l. „§. 17“ st. „§. 14“; Z. 3 v. u. l. „§. 19“ st. „§. 16“. Z. 1 v. u. setze „der“ st. „;“. Sp. 2 Z. 3 v. o. l. „Nr. 51“ st. „Nr. 31“, Z. 4 v. o. l. „§. 20“ st. „§. 17“, Z. 15 l. „§. 22 XX.“ st. „§. 19 XI. Satz 1 ꝛc.“ Z. 17 v. o. l. „§. 20a, I.“ st. „§. 20 lit. a I.“ Z. 21 v. o. l. „§. 33 II“ st. „§. 15 IV a. E.“ Z. 22 v. u. setze „,“ st. „;“. Z. 17 v. u. l. „§. 18“ st. „§. 15 III“, Z. 16 v. u. „§. 50 I“ st. „§. 44 I“.
S. 553 Z. 1 v. u. l. „Art. 42 Abs. 3 lit. b u. c“ st. „Art. 42 Abs. 2 lit. b u. c“.
S. 554 Z. 1 v. o. l. „Art. VIII. Abs. 1“ st. „Art. VIII. Z. 1 Abs. 1, 3, 4, 5“.
S. 554 Z. 8 v. u. ist die Klammer nach „XIII“ zu streichen.
S. 555 Z. 12 v. u. l. „Art. VIII Abs. 1 W. P. V.“ st. „Art. VI. Z. 4 W. P. V.“.
S. 555 Note 43 Z. 3 v. u. l. „wurden“ st. „wurde“.
S. 557 Note 51 Z. 6 l. §§. 45, 46 st. „21, 39, 44“.
S. 559 Note 2 Sp. 1 Z. 5 u. 6 l. „§. 33 II“ st. „§. 15 Z. IV“ u. Z. 8 l. „§. 33 I“ st. „§§. 22, 35“.
S. 559 Note 3 Z. 3 l. „§. 33“ st. „§§. 22 u. 35“.
S. 561 Z. 1 v. u. l. „subjectives“ st. „objectives“.
S. 562 Note 29 a. E. l. „§. 21“ st. „§§. 18, 19“.
S. 563 Note 31 Z. 1 l. „Punkt 7, Abs. 2“ st. „§. 11, Abs. 2“.
S. 563 Note 33 Z. 1 ist „§§. 1 u. 11 Abs. 2, 5, 13“ zu streichen, u. Z. 6 l. „§. 21 IV“ st. „§. 18 V—VIII“.
S. 563 Note 34 Z. 1 l. „Punkt 11“ st. „§. 13“.
S. 564 Note 37 a. E. l. „§§. 19, 20, 21, 38, 40, 42“ st. „§§. 16. 17. 18. 34. 39. 40“.
S. 565 Note 44 Sp. 2 Z. 5 v. o. l. „Nr. 65“ st. „Nr. 84“ u. a. E. l. „§§. 22, 23, 38, 40“ st. „§§. 90, 20, 20a, 34, 36, 38, 39“.
S. 568 Note 3 a. E. l. „§§. 51—70“ st. „46—65“, Note 6 l. „§. 53“ st. „48, 49“, Note 7 Z. 1 l. „§. 52“ st. „47“ u. Note 8 Z. 3 l. „§§. 5“ bis 60“ st. „11, 12, 26, 51, 53, 57“8
S. 570 Note 10 vorletzte Z. l. „Punkt 5“ st. „§. 5“.
S. 571 Note 14 Z. 26 v. o. nach „§. 7“ ist „)“ zu setzen.
S. 571 Note 17 Z. 7 nach „Z. 2, 3“ ist „)“ zu setzen.
S. 573 Note 3 Z. 1 l. „Vorträge“ st. „Verträge“.
S. 574 §. 154 Aufschrift setze „5.“ st. „4.“.
S. 577 Z. 18 v. o. l. „Mandant“ st. „Mandatar“.
S. 578 Z. 5 v. o. l. „anderen“ st. „anderer“.
S. 587 Note 1 Sp. 2 Z. 4 v. o. l. „Art. 361“ st. „Art. 369“.
S. 589 Note 1 letzte Z. l. „§. 390 Abs. 1“ st. „§. 320 Abs. 1“.
S. 594 Note 12 Z. 2 l. „§. 307“ st. „§. 207“.
S. 595 Z. 7 v. o. l. „dem“ st. „den“.
S. 598 Z. 1 l. „§§. 172 ff.“ st. „§. 214“.
S. 598 Z. 3 l. „S. 529“ st. „S. 459“.
S. 601 Note 2 Sp. 2 Z. 4 v. u. l. „Art. 360“ st. „Art. 380“.
S. 602 Note 10 Z. 2 l. „§. 383 Abs. 3“ st. „§. 383 Abs. 2“.
S. 609 Note 1 a. E. l. „§§. 397—405“ st. „§§. 397—507“.
S. 612 Note 30 Z. 2 l. „§. 403 Abs. 3“ st. „390 Abs. 3“.
S. 612 Note 33 Z. 2 l. „§. 400 Abs. 1“ st. „§. 390 Abs. 1“.

S. 612 Note 35 Z. 2 l. „§. 400 Abs. 1" st. „§. 398 Abs. 1".

S. 620 §. 169 Ueberschrift l. „6." st. „5."

S. 621 §. 170 Ueberschrift l. „7." st. „6."

S. 631 Note 3 Z. 2 l. „Es wurde vom österr. obst. G. H. angenommen" st. „Es dürfte anzunehmen sein".

S. 631 Note 3 Sp. 2 Z. 3 v. u. a. E. füge bei „; siehe jedoch S. 632".

S. 632 Z. 12 u. 13 l. „auf Erhebung des Kaufpreises durch Nachnahme zu bestehen" st. „den Kaufpreis durch Nachnahme zu erheben".

S. 651 Z. 1, 9, 12 l. „Verkäufer" st. „Käufer", Z. 2 u. 13 l. „Käufer" st. „Verkäufer" u. Z. 12 u. 18 l. „Käufers" st. „Verkäufers".

S. 654 Note 9 Z. 4 v. u. l. „349" st. „340".

S. 655 Note 15 Z. 1 l. „§. 349 Abs. 1" st. „Art. 348 Abs. 1".

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

Pollitzer, Franz

Das österreichische Handelsrecht ein Leitfaden für Studierende

Wien 1895